

## **OS LIMITES DE PUNIBILIDADE**

### **EM SEDE DE AUTORIA**

**(Análise crítica à luz do princípio da legalidade criminal**

**do artigo 26.º do Código Penal, em si mesmo**

**e na sua aplicação pelos tribunais superiores)**

**TESE DE DOUTORAMENTO  
SOB A ORIENTAÇÃO  
DA PROFESSORA DOUTORA TERESA  
PIZARRO BELEZA**

FACULDADE DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA  
3º CICLO – 2008/2009  
JOÃO MANUEL BELLINO ATHAYDE VARELA  
ALUNO Nº 1644







**DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO**  
**ANTI-PLÁGIO**

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão correctamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui falta ética e disciplinar.

João Manuel Bellino Athayde Varela

Aluno nº 1644

3º Ciclo – 2008/2009



À memória de o meu Pai  
cuja sombra tutelar ainda hoje procuro  
para aí buscar novas forças  
que tornem reais velhos sonhos.





## **ÍNDICE GERAL**

### **Introdução**

<b>I</b>	A razão de ser do presente estudo	13
<b>II</b>	As fases da investigação	17
<b>III</b>	Problemática a dilucidar	21

### **Parte Primeira**

#### **A investigação: objecto e método**

<b>I</b>	Caso paradigmático	25
<b>II</b>	Método de investigação	
<b>II.1.</b>	Interpretação doutrinária	31
<b>II.1.1.</b>	Normativismo	
<b>II.1.1.1.</b>	Escola de Baden	32
<b>II.1.1.2.</b>	G. Jakobs e a normativização da dogmática juspenal	37
<b>II.1.2.</b>	Finalismo	40
<b>II.1.3.</b>	C. Roxin e a doutrina teleológico-funcional e racional do crime	44
<b>II.1.4.</b>	A nossa posição	52
<b>II.2.</b>	Interpretação operativa	55
<b>II.2.1.</b>	Jurisprudência tradicional	56
<b>II.2.2.</b>	Novas doutrinas metodológicas	59
<b>II.2.3.</b>	A nossa posição	63

## **Parte Segunda**

### **História dogmático-legislativa de o “conceito legal de autoria”**

<b>I</b>	<b>Código Penal de 1886</b>	
<b>I.1.</b>	Breve excurso histórico sobre os antecedentes legislativos do Código Penal de 1886	75
<b>I.2.</b>	Teoria da cumplicidade	78
<b>I.2.1.</b>	Autor e espécies de autor	82
<b>I.2.2.</b>	Cúmplice e espécies de cúmplice	88
<b>I.3.</b>	Conclusões	89
<b>II</b>	<b>Projecto da Parte Geral de 1963</b>	
<b>II.1.</b>	Breve enquadramento histórico	97
<b>II.2.</b>	Teoria da comparticipação criminosa	101
<b>II.2.1.</b>	Autoria	102
<b>II.2.2.</b>	Cumplicidade	105
<b>II.3.</b>	Conclusões	106
<b>III</b>	<b>Código Penal de 1982</b>	
<b>III.1.</b>	Breve enquadramento histórico	111
<b>III.2.</b>	Teoria da comparticipação criminosa	113
<b>III.2.1.</b>	Autor	114
<b>III.2.2.</b>	Instigador	118
<b>III.2.3.</b>	Cúmplice	123
<b>III.3.</b>	Conclusões	125

## **Parte Terceira**

### **Análise e crítica dos actuais critérios de aplicação jurisdicionais de o “conceito legal de autoria”**

<b>I</b>	<b>A justiça penal internacional e o conceito de autoria</b>	
<b>I.1.</b>	<b>Tribunal Penal Internacional</b>	131
<b>I.1.1.</b>	<b>A autoria no Estatuto de Roma do TPI</b>	136
<b>I.1.1.1.</b>	<b>Antecedentes históricos imediatos: TPII</b>	137
<b>I.1.1.2.</b>	<b>O artigo 25.º do ER e a jurisprudência do TPI</b>	143
<b>I.2.</b>	<b>União Europeia e harmonização legislativa em matéria penal</b>	153
<b>I.2.1.</b>	<b>A autoria no <i>Corpus Iuris</i></b>	156
<b>I.2.2.</b>	<b>Jurisprudência do Tribunal da União Europeia</b>	161
<b>II</b>	<b>Os tribunais nacionais e o conceito de autoria</b>	
<b>II.1.</b>	<b>Tribunal Constitucional</b>	173
<b>II.1.1.</b>	<b>Análise da jurisprudência</b>	174
<b>II.1.2.</b>	<b>Síntese crítica</b>	198
<b>II.2.</b>	<b>Supremo Tribunal de Justiça</b>	205
<b>II.2.1.</b>	<b>Análise da jurisprudência</b>	
<b>II.2.1.1.</b>	<b>Co-autoria</b>	
<b>II.2.1.1.1.</b>	<b>É-se co-autor porque se acordou</b>	206
<b>II.2.1.1.2.</b>	<b>É-se co-autor porque se dá causa</b>	241
<b>II.2.1.1.3.</b>	<b>Co-autoria e o princípio da tipicidade</b>	257
<b>II.2.1.1.4.</b>	<b>Co-autoria e certas questões dogmáticas</b>	263
<b>II.2.1.1.5.</b>	<b>Co-autoria e o domínio do facto</b>	282
<b>II.2.1.2.</b>	<b>Autoria mediata (e instigação)</b>	288
<b>II.2.2.</b>	<b>Síntese crítica</b>	304
<b>II.3.</b>	<b>Tribunais da Relação</b>	307
<b>II.3.1.</b>	<b>Análise da jurisprudência</b>	
<b>II.3.1.1.</b>	<b>Tribunal da Relação de Lisboa</b>	308
<b>II.3.1.2.</b>	<b>Tribunal da Relação do Porto</b>	320
<b>II.3.1.3.</b>	<b>Tribunal da Relação de Coimbra</b>	339
<b>II.3.1.4.</b>	<b>Tribunal da Relação de Guimarães</b>	356

<b>II.3.1.5.</b> Tribunal da Relação de Évora	363
<b>II.3.2.</b> Síntese crítica	370

## **Conclusões**

<b>I</b>	O princípio da legalidade criminal e o artigo 26º, do Código Penal	
<b>I.1.</b>	O legislador e a determinabilidade da lei penal	376
<b>I.2.</b>	Os tribunais e a reserva de lei formal da Assembleia da República	378
<b>II</b>	Esboço de uma possível revisão da nossa legislação penal em sede de autoria	
<b>II.1.</b>	Execução	383
<b>II.2.</b>	Autoria e Instigação	385
<b>II.3.</b>	Cumplicidade	386
	Referências Bibliográficas	389

## INTRODUÇÃO

“O facto de ser um direito ‘sem texto’ quer dizer que é um direito sujeito ao arbítrio de quem o declara – juristas, árbitros, tribunais públicos ou privados, de primeira ou de última instância. Esta situação não é desconhecida na história da cultura jurídica europeia. Foi contra isso que se fez, justamente, a Revolução Francesa; foi contra esta onipotência e insindicabilidade de juristas e juízes, os primeiros entricheirados nas universidades, os segundos abrigados nas ‘cours souveraines’ e nos ‘parlements’.”

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*. 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina, 2009, p. 455.

### I

#### A razão de ser do presente estudo

Nos sistemas de direito europeu continental, a lei continua a ser a expressão privilegiada da vontade geral, de tal sorte que os tribunais “apenas estão sujeitos à lei” (cfr. art. 203.º, CRP). É certo que também nestes sistemas certos Autores advogam a prevalência do conteúdo de sentido imanente ao caso decidendo, em termos da própria interpretação legislativa constituir, a final, um resultado da concreta realização do direito: “(...) a norma só vem a ser interpretativamente determinada através da concreta resolução dos problemas jurídicos que nela se fundamente ou que a invoque como seu critério<sup>1</sup>”. Ou seja: atribui-se à situação da vida *sub judice* e à específica problematicidade axiológico- jurídica que ela evidencia a fixação, em definitivo, do conteúdo de sentido da lei interpretanda: “É

---

<sup>1</sup> NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Lisboa: Wolters Kluwer, 2010, p. 13.

(...) menos a lei a dominar o sentido e conteúdo do juízo concreto do que o juízo concreto a decidir do sentido e conteúdo da lei<sup>2</sup>”.

O presente estudo não arranca, porém, destas premissas metodológicas, mas, sim, de uma compreensão que vê no princípio da legalidade criminal, não apenas um ditame jurídico-constitucional que preserva os cidadãos das consequências que adviriam para os seus direitos fundamentais (*maxime*, o direito à liberdade) de um exercício arbitrário do poder punitivo por parte do Estado, mas, também, um critério fundamental de interpretação das normas jurídico-penais. Nesta segunda perspectiva e porque a lei se traduz, textualmente, em palavras que encerram em si um significado próprio<sup>3</sup>, toda e qualquer solução respeitante à factualidade *sub judicio*, que extravase o âmbito hermenêutico permitido pelo teor literal do preceito em causa, deverá ser excluída, e isto independentemente do seu mérito à luz de um critério de justiça material. De outro modo, a concreta aplicação do direito penal deixará de ser previsível e segura, em claro prejuízo, também, da função de garantia que assinalámos, cumulativamente, ao princípio da legalidade criminal.

Pode, todavia, a lei – ela própria – não oferecer um conteúdo de sentido, suficientemente, claro e preciso, designadamente por permitir, conceptualmente, interpretações diversas. É que importa não esquecer que “a tarefa da interpretação é fornecer aos juristas o *conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos*”<sup>4</sup>. Em sede de autoria, os nossos juspenalistas têm divergido na interpretação do respectivo preceito legal (art. 26.º, CP<sup>5</sup>), mas, fundamentalmente, quanto ao exacto alcance do conceito aí vertido: será a instigação ainda uma forma particular de

<sup>2</sup> NEVES, A. Castanheira. “O princípio da legalidade criminal”, em NEVES, A. Castanheira. *Digesta – vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 463.

<sup>3</sup> Não se ignora que há quem sustente a irredutível “vaguidade” e “porosidade” semânticas, sendo, consequentemente, o sentido decisivo das palavras determinado – não pela sua própria significação – mas em função do respectivo contexto situacional. Nada temos a opor a esta vinculação teleológica e concretamente orientada, desde que o “sentido actual” possa ainda inscrever-se no “sentido potencial” que resulta do próprio texto legal.

<sup>4</sup> Assim, ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 126. Também FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – Parte Geral, Tomo I*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2010, p. 452, afirma: “Os conceitos jurídicos tornam inteligível, do ponto de vista jurídico, uma realidade que importa disciplinar. A conceptualização jurídica busca na riqueza do que existe, no real, aquilo que é essencial para as finalidades do direito”.

<sup>5</sup> Diz o art. 26.º, CP: “É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”.

autoria ou constituirá já uma manifestação de participação *stricto sensu*<sup>6</sup>? Todavia, Cavaleiro de Ferreira vai mais longe e sustenta que o espírito da nova lei não diverge na sua essência do que caracteriza a norma correspondente do Código Penal anterior de 1886 (art. 20.º). Assim, diz:

“Verifica-se, na redacção do art. 26.º, uma forte influência das doutrina e legislação germânicas. Não parece, porém, que ela seja tão decisiva como a utilização de conceitos e expressões da lei alemã poderia inculcar<sup>7</sup>”.

E, consequentemente, aquele ilustre juspenalista português - contrariando a interpretação largamente dominante entre nós – reconduz a concepção de autoria, legalmente, consagrada, não à teoria roxiniana de o “domínio do facto” (conceito restritivo de autor<sup>8</sup>), mas a um critério de causalidade (conceito extensivo de autor):

“Agentes são os que são causa do crime (...) e que, em função da maior ou menor gravidade da sua participação na realização do facto comum, a que todos os modos de participação objectivamente se dirigem, serão considerados autores ou cúmplices<sup>9</sup>”.

Por outro lado e porque a realização do direito constitui, em última análise, “a vida e a verdade do direito”, procuraremos no presente estudo confrontar as decisões dos nossos tribunais superiores sobre autoria em direito penal com o conteúdo de sentido que emana da respectiva norma juspenal. Ou seja, tendo em consideração as várias formas particulares de autoria, analisaremos, caso a caso, *se* e *como* o poder judiciário dá cumprimento ao pensamento positivado na lei e hermenêutico-doutrinariamente reconstruído a partir dela, em termos de nos ser possível estabelecer as bases teóricas que nos permitam avaliar, a final, se a intervenção judicativa respeita ou não os limites de punibilidade legalmente fixados e que lhe são impostos pelas exigências dogmático-práticas do princípio *nullum crimen*.

---

<sup>6</sup> Sobre este debate doutrinário e principais protagonistas, *vide*, por todos, MORÃO, Helena. *Da instigação em cadeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 27 e ss.

<sup>7</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – Parte Geral, Tomo I*. cit., p. 475.

<sup>8</sup> Segundo a teoria de o “domínio do facto”, só é autor quem se afirma como “senhor” do facto punível, em termos de poder determinar o *se* e o *como* da realização típica.

<sup>9</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – Parte Geral, Tomo I*. cit., p. 453.

Numa época de “expansão do direito penal”<sup>10</sup> em que, político-criminalmente, se atribui clara prevalência a estratégias de combate ao crime, pensamos que se justifica uma atenção acrescida à defesa dos direitos e liberdades constitucionalmente consagrados (*maxime*, a liberdade), não somando às restrições que resultam, expressamente, da lei (cfr. arts. 18.º e 165.º, n.º 1, al. c), CRP), outros gravames ditados por órgãos de soberania que devem – como dissemos já – uma estrita obediência às decisões legislativas aprovadas em assembleia parlamentar. São a este propósito especialmente significativas as seguintes palavras de Castanheira Neves:

“O Estado-de-Direito não é hoje *de direito* porque usa o direito para realizar certos fins axiológico-políticos, mas porque assume o direito como fundamental dimensão constitutiva da sua institucionalização política – não se trata de ver o direito como instrumento ou ao serviço de fins políticos (ou axiológico-políticos) do Estado, mas de se afirmar nas finalidades políticas estruturantes do Estado a autónoma intenção ao direito enquanto tal<sup>11</sup>”.

---

<sup>10</sup> Vide, por todos, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal*. 2.ª edição. Montevideo: B de f, 2006.

<sup>11</sup> NEVES, A. Castanheira. “O princípio da legalidade criminal”. cit., p. 413.



## II

### As fases da investigação

Paradigmaticamente, iniciaremos a nossa investigação com uma situação da vida apreciada e decidida pelo Supremo Tribunal de Justiça em que resulte, particularmente, evidente, por um lado, a ambiguidade de sentido normativo do artigo 26.º, CP, e, por outro, uma aplicação do direito que desrespeita os limites de punibilidade, legalmente, impostos. Esta abordagem preliminar à temática principal do presente estudo permitir-nos-á, não apenas estabelecer – à luz das diversas alternativas metodológicas ainda hoje actuates – a contribuição específica da doutrina e da legislação na construção dos conceitos juspenais aí incluindo o de autoria (interpretação doutrinária), mas, também, analisar ainda que sumariamente a particular influência que o princípio da legalidade criminal assume na concretização jurisdicional em direito penal, e muito especialmente na densificação dos conteúdos normativo-legais inscritos no articulado da Parte Geral (interpretação operativa). Investigação esta que a nosso ver se revela indispensável a um melhor esclarecimento da posição doutrinária que sufragamos e se pauta pela estrita observância dos ditames político-constitucionais e dogmático-práticos de um “direito penal do facto”, que é o mais conforme a um Estado de direito vinculado ao cumprimento das exigências do princípio *nullum crimen* (cfr. art. 29.º, ns.º 1, 3 e 4, CRP).

Numa II Parte e em ordem a uma determinação historicamente situada de o actual “conceito legal de autoria”, tentaremos definir as linhas evolutivas fundamentais desse conceito considerando as seguintes três épocas ou períodos<sup>12</sup>:

---

<sup>12</sup> É, todavia, conveniente ter presente a seguinte advertência de HESPANHA, António Manuel. *História das Instituições, época medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 40: “A periodização é uma tarefa de chegada e não de partida (...) porque a identificação das continuidades

- 1886 a 1963, fase esta que se inicia com a entrada em vigor do novo Código Penal (que reforma o anterior Código de 1852), tendo o seu término à data de apresentação do Projecto de Parte Geral do Código Penal da autoria de Eduardo Correia. Pode estranhar-se a escolha desta última data: apesar de discutido durante dois anos por uma Comissão Revisora, a verdade é que esse Projecto só muito mais tarde veio a estar na origem do nosso actual Código Penal. Todavia, a influência daquele notável juspenalista português no ensino e na *praxis* do Direito Criminal no nosso país justificará só por si a referida escolha, tanto mais que a sua doutrina veicula um novo paradigma no que respeita à compreensão da autoria: à representação naturalística ou empírico-descritiva e casuística que é a nota decisiva dos artigos 19º e ss. do CP de 1886 sucede-se uma concepção normativo-causal e formalista de autoria (art. 27º, Parte Geral)<sup>13</sup>;

- 1963 a 1982, correspondendo este período à prevalência da teoria da causalidade necessária. Fiel ao pensamento jurídico da escola neokantiana de Baden, Eduardo Correia faz assentar a sua noção de autoria numa radical separação entre os mundos do ser e do dever-ser. Destarte, o projecto legislativo que subscreve postula, nesta como em outras matérias da doutrina geral do crime, uma “leitura” objectivista e sistemático-normativamente integrada da realidade criminal;

- 1982 até hoje, iniciando-se o novo período com a entrada em vigor do actual Código Penal. Em sede de autoria, a corrente doutrinária, agora, dominante é outra: a teoria roxiniana de o “domínio do facto”. Em todo o caso, não se pode ignorar a influência que ainda hoje persiste do anterior pensamento causalista de acção. Assim, a correcta percepção do conteúdo de sentido do conceito legal de autoria obrigará a que se estabeleça a adequada correlação entre as duas correntes doutrinárias: causal e finalista. Correlação esta que poderá, contudo, obscurecer o entendimento a atribuir ao artigo 26.º, CP (“Autoria”).

Finda esta parte histórico-crítica e fixado, a final, o actual “conceito legal de autoria”, analisaremos detalhadamente na III Parte as principais decisões dos

---

e rupturas só pode ser feita a partir dos próprios factos que a investigação histórica nos for revelando”.

<sup>13</sup> Referindo-se à disciplina de a comparticipação no Código Penal de 1886, diz CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – Vol. II*. Colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2007, p. 258 (1965): “O nosso sistema continua a ser muito imperfeito, sobretudo, (...) porque continua a utilizar uma casuística incompatível com a formulação abstracta que postula a parte geral de um Código Penal”.

nossos tribunais superiores tendo em vista a compreensão do sentido que esses órgãos jurisdicionais têm vindo concretamente a imputar ao sobredito conceito legal.

Assim e tendo por objecto, única e exclusivamente, os chamados por Roxin “delitos de domínio” (crimes dolosos gerais de acção), a nossa investigação incidirá sobre os acórdãos que, nos últimos dez anos, apreciaram e qualificaram a intervenção, a título principal, de dois ou mais agentes na prática do mesmo crime. Neste contexto,

- interessar-nos-ão todas as concretas formas de autoria, nelas incluindo a instigação em virtude da expressa referência que lhe é feita pelo artigo 26º, CP. Em todo o caso, será sobre a co-autoria e a sua delimitação face à cumplicidade que a nossa análise crítica recairá mais pormenorizadamente, em ordem a precisar o sentido e alcance jurisdicionalmente atribuídos ao segmento legal “tomar parte directa na sua execução”<sup>14</sup>. Como se fará prova mais adiante, verifica-se uma tendência clara por parte dos tribunais em diluir nesta forma particular de autoria modos distintos de participação criminosa, com especial incidência na cumplicidade que se beneficia *ex lege* de uma atenuação obrigatória da pena aplicável (cfr. art. 27.º, n.º 2, CP);

- para além do Supremo Tribunal de Justiça, cuidaremos de anotar os acórdãos emanados dos Tribunais da Relação: Lisboa, Porto, Coimbra, Évora e Guimarães<sup>15</sup>;

- a nossa análise crítica às sobreditas decisões judiciária far-se-á por amostragem, tendo: a) por base documental, os acórdãos publicados, no caso do Supremo Tribunal de Justiça, na *Colectânea de Jurisprudência* editada pela Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”, assim como no endereço electrónico [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e, tratando-se das referidas Relações, apenas neste último endereço electrónico; b) por critério de selecção, diversos parâmetros valorativos ou puramente factuais, nomeadamente a data (dando-se preferência às decisões mais recentes), a novidade doutrinário-decisória do respectivo conteúdo ou veicularem posições jurisdicionais ditas reiteradas ou dominantes;

---

<sup>14</sup> Em conformidade com o art. 26º, 3ª alternativa, CP, é punível como co-autor quem “tomar parte directa” na execução do facto, “por acordo ou juntamente com outro ou outros”.

<sup>15</sup> Segundo os dados divulgados pela Direcção-Geral da Política de Justiça / Estatísticas da Justiça (<http://www.siej.dgpj.mj.pt>; consultado em 30/03/2011), desde 2000 a 2009 cerca de 80% dos recursos penais apreciados em 2.ª instância foram decididos pelas Relações de Lisboa, Porto e Coimbra.

- dentro dos parâmetros material (“crimes dolosos de acção”) e temporal (últimos dez anos) indicados atrás e tendo, também, em conta os critérios enunciados imediatamente acima, serão 61 os acórdãos analisados, sendo 38 do Supremo e 23 das Relações<sup>16</sup>;

- por outro lado e porque vivemos numa época de crescente cooperação judiciária a nível mundial (“globalização judiciária”), não esqueceremos ainda uma breve referência à jurisprudência sobre autoria produzida pelo Tribunal Penal Internacional na aplicação do respectivo conceito constante do artigo 25.º, n.º 3, do Estatuto de Roma e ao desenvolvimento (*maxime*, legislativo) que esta matéria da comparticipação criminosa tem merecido no âmbito da União Europeia. Em todo o caso, a sobredita “globalização judiciária” está, sobretudo, presente nas decisões dos tribunais constitucionais, havendo até quem aponte para “o surgimento de um constitucionalismo mundial”<sup>17</sup>. Pelo contrário e no que respeita aos acórdãos do STJ e das Relações, não é feita em nenhuma das decisões analisadas qualquer alusão à jurisprudência internacional, incluindo aí a do TPI, que tem vindo a realizar um desenvolvimento conceptual importante da teoria de o “domínio do facto”, como se assinalará adiante. Assim sendo, a referência à jurisprudência internacional interessará, particularmente, a nível doutrinário, contribuindo para um melhor esclarecimento do conteúdo preceptivo do artigo 26.º, CP;

- finalmente e tendo em conta as exigências constitucionais inerentes à observância do princípio da legalidade criminal, analisaremos as decisões do Tribunal Constitucional que possam interessar mais ou menos directamente à discussão da problemática *sub judicio*: isto é, a precisa delimitação do âmbito de punibilidade da autoria na ordem jurídico-penal portuguesa.

Em sede de conclusão, procuraremos dar resposta às questões dogmático-práticas subjacentes à presente investigação e que enunciaremos, imediatamente, a seguir, tendo por referência o estatuto jurídico-constitucional do legislador e do poder judiciário, respectivamente.

Terminaremos com a nossa proposta de alteração à disciplina legal da autoria, à luz das considerações críticas feitas no decurso deste estudo.

---

<sup>16</sup> Neste total de 23 Acórdãos, 4 pertencem à Relação de Lisboa, 7 à do Porto, 6 à de Coimbra, 3 à de Guimarães e 3 à de Évora.

<sup>17</sup> *Vide* ACKERMAN, Bruce. “El surgimento del constitucionalismo mundial”, em *Revista Criterio Jurídico*, n.º 6, 2006, pp. 9-35; disponível em [criteriojuridico.puj.edu.co/](http://criteriojuridico.puj.edu.co/).

### III

#### Problemática a dilucidar

A problemática que está subjacente à nossa investigação é desdobrável em duas questões, a saber:

- tendo o texto da nossa lei penal sobre “autoria” (art. 26º, CP) uma índole deliberadamente compromissiva entre as correntes doutrinárias causal e final<sup>18</sup>, será que essa ambiguidade dogmática prejudica, em definitivo, que dele se possa inferir um único e preciso conceito legal de autoria ?

- atendendo à jurisprudência dos nossos tribunais superiores, poderá ou não concluir-se que existe uma certa desorientação (porventura, fruto da sobredita ambiguidade) na concretização judiciária da disciplina legal da autoria com possíveis e significativas consequências sancionatórias para os arguidos ?

Assim e como facilmente se perceberá, naquelas duas hipóteses poderá estar em causa o cumprimento do princípio da legalidade criminal, nas suas dimensões

---

<sup>18</sup> Segundo Figueiredo Dias, que integrou o *petit comité* de revisão do ProjPG de Eduardo Correia, “a redacção encontrada para os actuais arts, 26º e 27º do CP representou, de alguma forma, o produto de uma *transacção* entre a concepção causalista de Eduardo Correia e a teoria do domínio do facto” (vide DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I*. 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 773). Aliás, Teresa Beleza, tendo, sobretudo, em consideração o estatuído no art. 28º, CP, sublinhara já o carácter “híbrido” do nosso sistema juspenal de autoria (BELEZA, Teresa Pizarro. “Illicitamente participando”, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia – vol. III*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 601, nota 11). Por sua vez e segundo refere PALMA, Maria Fernanda. “Do sentido histórico do ensino do direito penal na universidade portuguesa à actual questão metodológica”, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 9 – Fasc. 3.º (julho-setembro 1999). Coimbra: Coimbra Editora, p. 408, Cavaleiro de Ferreira critica a redacção do artigo 26.º do Código Penal sustentando “que o legislador veio utilizar duas lógicas incompatíveis: a da teoria da participação latina, a que o autor do anteprojecto de 1963 sempre dera preferência – a teoria causalista e extensiva de autoria (que, em rigor, não distingue autor moral e material) – e a da teoria germânica da participação – a teoria restritiva de autoria”.

essenciais de determinabilidade da lei penal e reserva de lei formal, respectivamente. Com efeito, se no que respeita à primeira questão se avalia, em última análise, da possibilidade de obtermos a partir da lei uma representação exacta do conteúdo preceptivo do conceito de autoria (*lex certa*), já quanto à segunda estará pressuposta a seguinte perplexidade: há ou não uma intervenção *praeter legem* ou até *contra legem* do poder judicial na configuração de uma matéria que sendo penal está constitucionalmente sujeita a reserva de lei (cfr. art. 165º, nº 1, al. c), CRP)?

Questões estas que estão, em verdadeiro rigor, interligadas, na medida em que como afirma Fernanda Palma “só um método interpretativo rigoroso e controlado (...) impede a actividade judicativa de se tornar um ‘contra-poder legislativo’<sup>19</sup>”.

---

<sup>19</sup> PALMA, Maria Fernanda. “O legislador negativo e o intérprete da Constituição”, em *O Direito*, n.º 140, 2008, p. 523.

*Parte Primeira*

**A INVESTIGAÇÃO**

**OBJECTO E MÉTODO**





## I

### CASO PARADIGMÁTICO

A situação da vida a que o Acórdão do STJ, de 15-12-2011<sup>20</sup>, respeita traduz-se na prática de um crime de tráfico de estupefacientes por um grupo de indivíduos, sendo vários os casos apreciados e decididos pelos nossos tribunais que se enquadram nessa problemática criminal. Assim e tendo o Ministério Público acusado todos os arguidos, para além de um crime de tráfico de estupefacientes agravado, da prática de um crime de associação criminosa, o Tribunal Colectivo (1.ª instância) veio a absolvê-los do segundo delito e a condenar três deles como co-autores de um crime simples de tráfico de estupefacientes e os restantes quatro pelo mesmo crime na forma agravada, também a título de co-autoria. Centremo-nos, exclusivamente, nesta última condenação, a única apreciada pelo STJ em sede de recurso.

Sinteticamente, é a seguinte a facticidade relevante:

Quatro indivíduos acordaram entre si promover o transporte e venda de haxixe a partir de Marrocos, devendo cada um deles assumir uma determinada função no desenvolvimento dessa actividade criminosa. Destarte, o arguido DD aceitou realizar a tarefa de “gestão dos recursos humanos e materiais” o arguido EE de proceder “à recolha de informações sobre segurança na zona de Sesimbra”, o arguido FF de executar “as operações de vigilância do desembarque e acompanhamento do produto estupefaciente nos quilómetros seguintes ao desembarque” e o arguido GG de efectuar “as operações respeitantes à aquisição e

---

<sup>20</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 15 de Dezembro de 2011 (Processo n.º 17/09.OTELSB.L1.S1), relatado por Raul Borges (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 25-6-2012).

gestão da frota marítima” (n.º 4 da matéria de facto). Após as aquisições feitas, respectivamente, por GG e DD de uma embarcação e de um veículo pesado de mercadorias, a dita embarcação recolheu vários fardos de haxixe na costa marroquina, que desembarcou no porto de Sesimbra. Toda a operação de desembarque da droga foi realizada sob a vigilância de EE e FF, tendo o primeiro se certificado, previamente, “da ausência de controlo policial e da segurança das operações” (n.º 34 da matéria de facto” e o segundo se postado “junto à portaria da Polícia Marítima o que lhe permitia controlar a saída de elementos e meios daquela polícia e a entrada e saída do porto de Sesimbra (n.º 35 da matéria de facto). Entretanto, o arguido DD mantinha-se em contacto com EE que, estando, por sua vez, em contacto telefónico com FF, lhe reportava “a evolução do desembarque e se existiam condições de segurança” (respectivamente, ns.º 33 e 41 da matéria de facto). Feito o transbordo por três outros indivíduos do haxixe para o interior do veículo pesado de mercadorias e tendo este “arrancado” em direcção à entrada da A2, no Fogueteiro, os arguidos EE e FF “colocaram-se, respectivamente, à retaguarda e à frente do veículo pesado a controlarem as condições de segurança do transporte e a presença de alguma fiscalização policial” (n.º 45 da matéria de facto). Todavia, “na localidade de Cotovia, o referido veículo pesado e respectivos ocupantes<sup>21</sup> foram interceptados por forças policiais” (n.º 47 da matéria de facto).

Entretanto, não resultaram provados outros factos constantes da acusação pública, nomeadamente a existência de uma organização com “uma estrutura hierarquicamente organizada de meios humanos integrada por vários indivíduos que a ela aderiram e se colocavam ao seu serviço sob a chefia dos seus líderes aos quais estavam atribuídas tarefas concretas<sup>22</sup>” e que “de finais de 2007 a finais de Junho de 2008, (...) esse grupo organizado fez vários transportes de haxixe para o território nacional, desembarcando no porto de Sesimbra várias toneladas dessa substância<sup>23</sup>”. Em virtude da inexistência de uma verdadeira organização criminosa, o tribunal de 1.ª instância considerara já que aos arguidos só é imputável a circunstância modificativa agravante prevista na al. j), do art. 24.º, do Dec-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro: “O agente actuar como membro de bando destinado à

<sup>21</sup> Trata-se dos co-arguidos AA, CC e BB, cuja actuação não se inclui na presente análise.

<sup>22</sup> Acórdão do STJ, de 15-12-2011, cit., “Factos não provados”, alínea c).

<sup>23</sup> Acórdão do STJ, de 15-12-2011, cit., “Factos não provados”, alínea p).

prática reiterada dos crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º, com a colaboração de, pelo menos, outro membro do bando”. Todavia, o STJ vem a decidir pela não verificação dessa “agravante”, uma vez que, para além dos factos ocorridos em 14 de Outubro de 2008, não foram provados outros idênticos àqueles mas cometidos em datas distintas que configurem a “prática reiterada” do crime de tráfico de estupefacientes. Assim, “no caso ora em apreciação, retirados os factos genéricos, indeterminados, imprecisos, difusos, impeditivos do exercício do direito de defesa, resta um acto isolado, único, falecendo por completo a imprescindível multiplicidade que conduz à afirmação de reiteração, com integração num bando, elemento decisivo do preenchimento da qualificativa, presente no tráfico, como no furto qualificado<sup>24</sup>”.

Reduzindo-se, pois, a matéria de facto *sub judice* ao transporte e introdução no território nacional, em Outubro de 2008, de 195 fardos de haxixe provenientes de Marrocos, o tribunal *ad quem* se, por um lado, confirma o entendimento das 1.ª e 2.ª instâncias reconduzindo a actuação dos arguidos à figura da co-autoria, e não à da cumplicidade, por outro, imputa-lhes a prática de um crime de tráfico de estupefacientes, mas apenas na sua forma mais simples (fundamental) p. e p. pelo artigo 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro<sup>25</sup>. No que respeita à concreta forma de intervenção criminosa, o STJ argumenta: “A co-autoria é a execução colectiva do facto, comunitária, *em que cada participante quer causar o resultado como próprio*, mas com base numa decisão conjunta e com forças conjugadas<sup>26</sup>”. Em contrapartida, tratando-se do cúmplice e de acordo com a jurisprudência do próprio Supremo<sup>27</sup>, “a sua intervenção sendo, embora, concausa do concreto crime levado a cabo, *não é causal da existência da acção*, no sentido de que, sem ela, apesar de tudo, o facto sempre teria lugar, porventura em circunstâncias algo diversas. É neste sentido, um *auxiliator simplex* ou *causam non*

---

<sup>24</sup> Acórdão do STJ, de 15-12-2011, cit., “Questão VI”.

<sup>25</sup> Sob a epígrafe “Tráfico e outras actividades ilícitas”, o art. 21.º, n.º 1, Dec-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, estatui: “Quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 40.º, plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos”. O referido art. 40.º diz respeito ao “consumo” que constitui hoje uma simples contra-ordenação desde que a quantidade adquirida e detida para aquele fim não exceda a “necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias” (cfr. art. 2.º, Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro).

<sup>26</sup> Acórdão do STJ, de 15-12-2011, cit., “Questão VII”.

<sup>27</sup> Vide, entre outros, Acórdão do STJ, de 22-3-2011, a que nos referimos na parte III.

*dans*; de tal modo que pode conceber-se autoria sem cumplicidade, mas não esta sem aquela, o que mostra o carácter acessório da figura”. Portanto e “atendendo à única provada acção levada a cabo”, tanto DD quanto EE (e – arriscamo-nos nós a afirmar em substituição do STJ – também FF e GG que não colocam, todavia, a questão) são co-autores porque “sempre estiveram por dentro dos acontecimentos e *determinaram o devir dos mesmos*, não se tratando de meros auxiliares<sup>28</sup>” (os “*itálicos*” são nossos). Ou seja: todos eles são *causa necessária* do facto e, portanto, autores (*rectior*, co-autores), independentemente de terem ou não praticado um ou mais actos de execução.

Todavia e em nosso entender, estes argumentos de que o tribunal *ad quem* se serve são mais adequados a um conceito causal (alargado) de autoria do que à concepção restritiva que informa o nosso art. 26.º, CP, alargando ainda mais o âmbito de tutela já em si muito amplo do sobredito artigo 21.º, que inclui várias modalidades de acção algumas delas de carácter materialmente preparatório: v.g., cultivar, fabricar, extrair, etc. Assim e em relação ao arguido GG, a sua intervenção nos factos provados (aquisição da embarcação usada no transporte do haxixe) constitui um simples acto de cumplicidade, sob a forma de “auxílio material” (cfr. art. 27.º, n.º 1, CP). Por outro lado e no que respeita aos restantes três condenados, todos eles estiveram presentes na fase de execução desempenhando aí funções de controlo e vigilância. Porém, nenhum deles “tomou parte directa” nessa execução (desembarque e transporte do haxixe). Destarte e ainda que seja defensável afirmar que o exercício das respectivas tarefas lhes permitia interromper a todo o tempo a actividade criminosa (domínio negativo), já não será possível sustentar que essa participação lhes assegurava, também, a capacidade de garantir a prossecução da mesma actividade (domínio positivo). Posto o que e aceitando – como diz o STJ – que DD, EE e FF “determinaram”, em todo o caso, o devir do acontecimento criminoso, devemos concluir de acordo com o sentido normativo atribuível à 4.ª alternativa, do art. 26.º, CP<sup>29</sup>, que estes outros arguidos actuaram como instigadores do facto praticado em co-autoria pelos indivíduos que se encarregaram do transporte da droga.

<sup>28</sup> Acórdão do STJ, de 15-12-2011, cit., “Questão VII”, *in fine*.

<sup>29</sup> *Vide* a interpretação que fazemos da 4.ª alternativa, art. 26.º, CP (“instigação”), em Parte Segunda, capítulo III, par. III.2.2. da nossa investigação.

Em síntese, são, fundamentalmente, duas as observações que a presente decisão judicial nos suscita, a saber:

- recorrendo a argumentos próprios de uma concepção causalista de autoria, que contamina o espírito da nova lei, alarga-se *praeter legem* o conteúdo de sentido normativo de a “co-autoria”, incluindo aí outras formas de intervenção criminosa, designadamente a instigação e a cumplicidade (ambiguidade de sentido normativo);
- tratando-se da qualificação como co-autor de quem é cúmplice, agrava-se a pena aplicável ao respectivo agente, privando-o *contra legem* (cfr. art. 27.º, n.º 2, CP<sup>30</sup>) do benefício da atenuação obrigatória (limites de punibilidade).

---

<sup>30</sup> Diz o art. 27.º, n.º 2, CP: “É aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada”.



## II

### MÉTODO DE INVESTIGAÇÃO

É frequente as legislações penais nacionais tomarem por referência um determinado conceito doutrinário de autoria, seja extensivo ou até unitário<sup>31</sup>, seja restritivo<sup>32</sup>. Assim e apesar de o conceito juspenal em si mesmo constituir um produto da dogmática, ele refletirá, também, mais ou menos imediatamente, a vontade do legislador e a realidade subjacente a esta vontade.

Neste quadro dogmático-normativo complexo, marcado por uma relação dialética entre doutrina, legislação e realidade, a importância relativa dos diversos factores na construção de uma ideia juridicamente vinculante de autoria acabará, assim e em última análise, por ser função do sistema científico de direito penal a que se atribua preferência.

#### II.1. Interpretação doutrinária

---

<sup>31</sup> Assim, v.g., & 12, Código Penal austríaco de 1974: “**Behandlung aller Beteiligten als Täter.** Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt”. (“**Tratamento de todos os participantes como autores.** Não é apenas o autor imediato quem pratica a acção punível, mas, também, quem determinar outra pessoa a executá-la ou quem por qualquer forma colaborar na sua execução”); art. 110, Código Penal italiano de 1930: “**Pena per coloro che concorrono nel reato.** Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti”.

<sup>32</sup> Assim, v.g., art. 28, Código Penal espanhol de 1995: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. / También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”; & 25, Código Penal alemão de 1975: “**Täterschaft.** (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einem anderen begeht. (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)”. [ “**Autoria.** (1) É punível como autor quem executa o facto por si mesmo ou por intermédio de outrem. (2) Se vários praticarem o facto mancomunadamente, cada um deles será punido como autor (co-autoria)” ].

Deixando de lado o positivismo científico e empírico-descritivo que caracteriza a Escola clássica de direito penal, teoricamente são três as alternativas metodológicas que ainda hoje se oferecem a uma investigação na área da dogmática juspenal.

### II.1.1. Normativismo

Tendo por base a separação radical entre “dever-ser” e “ser”, forma e matéria (“lei de Hume”<sup>33</sup>), nega-se à ciência do direito o carácter empírico ou material que é próprio das ciências da natureza. Destarte, também a dogmática penal assentará em conceitos puramente formais (conceitos prescritivos, não descritivos), cujo conteúdo é livre e previamente fixado pelo legislador.

#### II.1.1.1. Escola de Baden

Historicamente, a primeira tentativa consequente de normativização do direito penal deve-se à particular influência da Escola de Baden (sudoeste alemão). Cultiva-se aí uma filosofia dos valores (*Wertphilosophie*) oposta à anterior concepção clássica que impunha à ciência criminal uma consideração naturalística ou empírico-descritiva da respectiva realidade, em tudo assimilável à desenvolvida pelas ciências da natureza (positivismo científico).

Assim e de acordo com a nova corrente jusfilosófica<sup>34</sup>, tendo a cultura, por um lado, e o mundo naturalístico, por outro, estruturas distintas, a sua compreensão postula sistemas científicos de natureza diversa: ao saber empírico e classificatório-categorial das ciências do ser causal contrapõe-se o conhecimento teórico-ordenador da vida cultural, conhecimento este que, teleologicamente referido a sentidos ou valores, “‘converte’ (*umfort*) o material que lhe serve de abstracto num

---

<sup>33</sup> De acordo com a “lei de Hume”, não se pode extrair um enunciado de “dever-ser” de um enunciado de “ser” sem a introdução de premissas intermédias valorativas. Também segundo os “normativistas” é um erro confundir os dois modos de observação - prescritivo e descritivo: o primeiro respeita a enunciados sobre o que deve verificar-se (quer efectivamente se verifique, quer não); o segundo a acontecimentos que efectivamente se verificaram.

<sup>34</sup> Segue-se o raciocínio discursivo de CORREIA, Eduardo. *A teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1996, pp. 67 e ss.



novo mundo, num outro plano, o chamado reino da cultura, das significações, com as suas categorias e formas de pensamento próprias<sup>35</sup>”.

É neste “outro reino” que se inscreve o direito cuja particular ideologia resulta, pois, da afectação de valores ou sentidos jurídicos à particular realidade empírica que lhe serve de objecto. Dito de outro modo: o direito manifesta uma realidade ideograficamente construída a partir da “pré-científica” categorização das nossas “caóticas” vivências diárias.

Pergunta-se, agora: qual o pensamento jurídico que reflectirá melhor esta nova realidade “teleológico-jurídica” que faz com que o direito não pertença, a final e em exclusivo nem à esfera axiológica nem à naturalística? Diz-nos Eduardo Correia:

“Não é tanto um sistema lógico-cognitivo, uma sistemática de dedução e classificação, que repugna à estrutura do mundo jurídico e à natureza específica do mundo criminal: o que com ela é incompatível é uma sistemática que esqueça a estrutura teleológica do direito criminal, como seu objecto<sup>36</sup>”.

Ora, esse “programa” metodológico, não obstante a explícita referência a uma teleologia de sentidos ou valores, pode ser subscrito por uma corrente de pensamento estritamente formal como é o normativismo jurídico. Senão vejamos.

A relação dualista subjacente a todo o pensamento moderno opondo o sujeito cognoscente ao mundo que lhe serve de objecto<sup>37</sup> não desaparece após Baden, acontecendo somente que surge um *tertium genus* (valores) que, apesar de obnubilar a linearidade daquela relação, não chega, porém, a subvertê-la. É dizer que esses valores não se subtraem à consideração teórica do sujeito cognoscente actuando à sua revelia, antes são por ele normativo-legalmente reconstituídos (“dessocializados”) convertendo-se, conceptualmente e no que respeita ao direito criminal, nos chamados bens jurídico-penais (individuais ou colectivos). Tendo substituído a antiga referência aos direitos individuais<sup>38</sup>, este novo paradigma axiológico acentua, assim, o carácter sistémico-social e legalista do sobredito

<sup>35</sup> CORREIA, Eduardo. *A teoria do concurso em direito criminal*. cit., p. 70.

<sup>36</sup> CORREIA, Eduardo. *A teoria do concurso em direito criminal*. cit., p. 73.

<sup>37</sup> Segundo o cartesianismo e mais tarde o kantismo, a *ratio* determina a condição de possibilidade do ente: i. é, através do acto de “re-presentação” protagonizado pelo sujeito cognoscente o ente adquire o carácter de “objecto”, sendo em termos dessa relação “sujeito / objecto” que se constitui a objectividade dos objectos ou a “cientificidade” do conhecimento.

<sup>38</sup> Segundo Feuerbach, o crime é a violação de um direito subjectivo do cidadão ou do próprio Estado.

direito<sup>39</sup>: o sistema teleológico entrecruza-se com um sistema construído a partir de pontos de vista formais, de tal sorte que os valores a que o Direito vai referido são, afinal, os positivados na lei (v.g., a vida que o direito penal tutela não evidencia em si um valor estritamente individual pré ou supra-positivo, sendo, sobretudo, a expressão do “bem” que ela abstracta e normativo-legalmente representa como condição vital da sociedade).

Na crítica que faz a este carácter gnoseológico-formal do Neokantismo<sup>40</sup>, Erich Kaufmann afirma que a atitude básica dessa corrente jusfilosófica é “uma fuga à multiplicidade infinita, opressiva e esmagadora da realidade, em face da qual só as construções conceptuais puramente abstractas, puramente formais e unidimensionais, das quais tudo o que é material e intuitivo tivesse sido erradicado, poderiam, como um último refúgio, oferecer um pouco de paz<sup>41</sup>”.

Em suma: a escola neo-clássica, em bom rigor, mais não faz do que “criticamente” conceitualizar – a partir da normativização imposta pela radical separação que opera entre as esferas do “ser” e “dever-ser” – as anteriores aquisições empírico-descritivas do pensamento naturalístico. Destarte, à mudança de perspectiva epistemológica (antes importam os factos naturais, agora os factos normativos) não corresponde, metodologicamente, uma alteração de paradigma, na medida em que o “neokantismo” obedece ainda a um modelo estritamente científico reconduzível a uma análise objectivista e generalizadora da realidade que encontra no esquema silogístico a expressão máxima da sua racionalidade (*Systemdenken*)<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Sobre o bem jurídico e a evolução do respectivo conceito em direito penal, *vide*, por todos, ANDRADE, M. Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 51 e ss.

<sup>40</sup> A Escola de Baden inscreve-se no movimento filosófico e científico mais geral conhecido por “neokantismo”, que se iniciou na Alemanha de início da segunda metade do século XIX, tendo dominado o pensamento europeu até à primeira Guerra mundial.

<sup>41</sup> KAUFMANN, Erich. *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* (Crítica da filosofia do Direito neokantiana). p. 98, *apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução a partir da 6.<sup>a</sup> edição alemã reformulada (1991) de José Lamago. 5.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 139.

<sup>42</sup> O confronto entre Binding e Liszt a respeito do conceito de bem jurídico constitui um excelente exemplo da possível superação do dogma naturalístico por uma compreensão normativista do direito penal. Diz-nos Binding que “a norma constitui a única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico”. Diferentemente, Liszt sustenta que é a realidade social que cria os interesses vitais do homem ou da colectividade, cabendo apenas à ordem jurídica reconhecê-los e protegê-los como bens jurídicos. É dizer que se para Binding os bens jurídicos são *Rechtsgüter* (bens-do-direito) exigidos pela racionalidade intrínseca da ordem jurídica, já para Liszt revelam-se antes como “interesses vitais, relações da vida, interesses juridicamente protegidos”. Interesses esses que existem, portanto, antes e independentemente da lei (cfr. ANDRADE, M. Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. cit., pp. 66 e s.). Em suma: ao positivismo naturalístico de Liszt contrapõe-

Sendo este em traços muito breves o panorama científico-cultural em que se inscreve a corrente juspenalista em análise, parece-me adequado concluir como antecipáramos já que o pensamento jurídico que melhor lhe corresponde é o ditado por uma orientação de cariz lógico-teorético na perspectiva sistemático-conceitual e construtivista do normativismo jurídico. Isto mesmo nos assevera Cabral de Moncada<sup>43</sup>:

“O Neokantismo converteu o dogma da ‘positividade’ do direito, tão radicado já nas crenças e hábitos mentais do Positivismo naturalista, no dum ‘formalismo lógico’ ainda mais cerrado e completo. (...) Trocou a realidade por um magro esquema abstracto de silhuetas e contornos lógicos das coisas, mais abstracto que o de Hegel, como o cão da fábula trocou o pedaço de carne, que levava nos dentes, pela sua imagem reflectida na água. Leis *formais* do pensamento; valores *formais* da consciência; *logicismo*, *cientismo*, ética também só *formal*; tecnicismo; Estado e democracia *formais*; direito e jurisprudência reduzidos a montões de conceitos empilhados, sem vida e sem nervos – eis aí alguns dos traços mais marcantes da mentalidade do século, que não seria difícil concretizar, que o Neokantismo não pôde impedir, e que incontestavelmente predominaram, pelo menos até à primeira Guerra mundial”.

Sabe-se que o normativismo jurídico é o produto de diversos factores<sup>44</sup>, uns de índole cultural que nos remetem para o modo-de-ser textual do *ius commune* e para a razão moderna do Humanismo, outros, sobretudo, políticos: o movimento de codificação do Estado absoluto e o princípio da legalidade do Estado demo-liberal, ambos expressão da estadualização do direito mediante a sua identificação com a lei. Não admira, portanto, que esta corrente metodológica veja no legislador histórico – manifestação viva da “vontade geral” (que é a vontade racionalizada de

---

se o positivismo normativista de Binding, sendo que – de acordo com esta última corrente doutrinária – “é o legislador que seleciona no mundo das ‘pessoas, coisas e objectos’ aqueles que hão-de assumir a forma e o papel e beneficiar do estatuto de bem jurídico. E fã-lo sem outros limites que os impostos pelas leis da lógica ou decorrentes dos seus próprios, e insindicáveis, critérios” (*ibidem*, p. 73).

<sup>43</sup> MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado – Vol. I*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2006 (reimpressão), pp. 330 e ss. (1955)

<sup>44</sup> Segue-se de perto NEVES, A. Castanheira. *Teoria do Direito (lições proferidas no ano lectivo de 1998/99)*. Coimbra: versão em fascículos, p. 75.

todos) – a única fonte legítima do direito imposto e posto à consideração da ciência jurídica.

Consequentemente, o legislador disporá de uma ampla e insindicável margem de conformação e determinação normativas. Todavia, no que respeita em particular ao direito penal essa margem estaria de algum modo condicionada pela especial estrutura causal do comportamento humano (legado do positivismo naturalista). Em todo o caso, a normativa juridicidade que, abstracta e formalmente, se oferece na legislação penal é ela própria, em virtude da sua imanente racionalidade intencionalmente auto-suficiente e objectivo-problematicamente esgotante, o único domínio possível da dogmática juspenal: extensivamente limitada à legalidade assim pressuposta, àquela dogmática caberia tão somente conferir ao direito posto (positivado) a máxima transparência racional mediante um “sistema de corpos jurídicos” indutivamente construído. Sendo certo que tais “corpos” se nos oferecem em dois degraus inseparáveis<sup>45</sup>: por um lado, os complexos de normas que designamos por “institutos jurídicos” em virtude de disciplinarem matérias que se diferenciam das restantes por uma certa afinidade intrínseca, sendo, portanto, susceptíveis de uma objectivação conceptualizável (v.g., participação criminosa); por outro, os conceitos *stricto sensu* que, colocando entre parênteses o sentido prático-normativo da norma enquanto tal, nos permitem apreendê-la como simples proposição lógica (*Rechtssatz*):

“A norma seria uma certa forma de enunciar uma intenção normativa (prático-normativa) graças à qual poderia abstrair-se na norma dessa intenção prático-normativa, que foi a sua causa ou o seu fundamento, para ser considerada apenas na sua enunciação lógica, tão-só no seu conteúdo lógico-apofanticamente enunciado<sup>46</sup>” (v.g., autoria).

Dir-se-á, portanto e em conclusão, que de acordo com esta postura metodológica da Escola de Baden o contributo decisivo para a formulação dos conceitos em direito penal (concretamente, o de autoria) é dado pelo legislador, na medida em que a conceitualização serve apenas para “desvendar” mediante uma abstracção indutivamente construída o conteúdo prévia e legalmente prescrito (carácter meramente “reprodutivo” da ciência juspenal).

<sup>45</sup> Assim, NEVES, A. Castanheira. *Teoria do Direito*. cit., pp. 94 e ss.

<sup>46</sup> NEVES, A. Castanheira. *Teoria do Direito*. cit., p. 97.

### II.1.1.2. G. Jakobs e a normativização da dogmática juspenal

Assiste-se mais recentemente a uma exacerbação das exigências sistémico-sociais daí derivando uma normativização totalizante que incluirá a própria dogmática do direito penal:

“O mundo normativo constitui um sistema próprio que, especialmente, não é idêntico ao mundo ordenado em função das apetências individuais, e decide autonomamente quais os mecanismos no mundo dos sentidos que são relevantes para o mundo normativo e qual o significado que devem aí assumir. Este desenvolvimento dos conceitos jurídicos a partir do seu carácter normativo corresponde à ideia da normativização (...)”<sup>47</sup>.

É certo que o normativismo jurídico impusera já ao direito no seu todo uma mesma e única dimensão: “Se o pensar e decidir jurídicos vinham a reduzir-se, em último termo, à cognitiva determinação da realidade mediante uma certa conceitualização – aquela conceitualização que o direito já em si oferecia –, também o direito se revelava afinal tão gnoseologicamente conceitual como a ciência dele”<sup>48</sup>. Mas, agora, pretende-se ir mais longe, afirmando uma paridade, não apenas gnoseologicamente conceitual, mas pratico-normativamente funcional entre o direito penal e a respectiva dogmática: tudo é consequência de uma lógica de auto-conservação do sistema social, de tal sorte que as regras de imputação que o caracterizam, assim como os conceitos cujo conteúdo essas regras reconstrutivamente determinam, apenas encontram os seus limites na “constituição” ou “auto-compreensão” do respectivo modelo social (“monismo normativista”) <sup>49</sup>. Diz-nos Silva Sánchez: “Em Jakobs, (...) as categorias do sistema surgem, primeiramente, funcionalizadas de acordo com a perspectiva dos fins do Direito

---

<sup>47</sup> Citado em português a partir de JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, pp. 17 e s.

<sup>48</sup> NEVES, A. Castanheira. *Teoria do Direito*. cit., p. 99.

<sup>49</sup> Assim, v.g., à concepção normativa do conceito de culpa – que nos remete, entre outras realidades, para um ideia de exigibilidade de comportamento conforme ao Direito – Jakobs contrapõe uma concepção, funcionalmente, determinada, em conformidade com a qual o conteúdo da culpa depende da concreta estrutura da respectiva sociedade: “O que é a culpa em sentido geral só se pode definir esquematicamente; as concretizações apenas são possíveis por referência a um sistema social suficientemente determinado. Todavia, mesmo dentro de um sistema exacto, o conteúdo da culpa estará mais ou menos definido consoante o esteja o fim da pena” (citado em português a partir de JAKOBS, Günther. *Derecho Penal (Parte General): Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2.<sup>a</sup> edição. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 584.

penal; e estes, por sua vez, aparecem monopolizados por uma prevenção de integração, entendida esta segundo um critério estritamente *funcional-sistémico*<sup>50</sup>.

Não cabendo na economia deste estudo descrever as diversas manifestações dessa assunção alargada da normatividade juspenal - que assenta na “plena des-subjectivização da pessoa<sup>51</sup>” vendo-a somente como “destinatária de expectativas normativas, (...) unidade ideal de direitos e deveres que são administrados por intermédio de um corpo consciente<sup>52</sup>” -, interessa-nos, todavia, determinar à luz do pensamento jurídico que melhor reflecte esta nova postura metodológica (o chamado “funcionalismo sistémico” de Luhmann<sup>53</sup>) a posição relativa do legislador e do doutrinador na construção da rede conceitual que interessa ao direito penal.

Assim e como resulta já do que dissemos antes, a doutrina jakobiana desdobra-se, fundamentalmente, em duas vertentes, a saber:

1) estruturação sistémico-normativa da realidade empírica ou natural (“a par do sistema da natureza, determinado por leis causais, surge o sistema criado ‘com intenção prática’ e configurado por leis de dever-ser<sup>54</sup>”), compreendendo essa estruturação os seguintes contextos jurídicos consolidados: “por um lado, aquele contexto de acordo com o qual ao direito *geral* a uma organização livre corresponde o dever de não lesar outrem no decurso de tal organização e, por outro, o contexto entre um *status especial* e deveres (e direitos) especiais<sup>55</sup>”. O mundo

<sup>50</sup> Citado em português a partir de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, em SILVA SÁNCHEZ, J. María (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona: José María Bosh Editor, 1997, p. 25.

<sup>51</sup> Assim, ANDRADE, M. Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. cit., p. 113.

<sup>52</sup> Citado em português a partir de JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. cit., pp. 20 e s.

<sup>53</sup> Assim, NEVES, A. Castanheira. *Apontamentos complementares de teoria do direito (sumários e textos)*. Coimbra: versão em fascículos, p. 52; ANDRADE, M. Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. cit., p. 109, esclarecendo mais adiante: “A já referida des-subjectivação da pessoa tem como reverso a acentuação da subjectivação do sistema social, que se mostra através do ordenamento normativo positivado. O que equivale a afirmar o primado, se não mesmo a exclusividade, da relevância sistémico-social na compreensão da ilicitude penal” (*ibidem*, pp. 115 e s.).

<sup>54</sup> Citado em português a partir de JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. cit., p. 17.

<sup>55</sup> Citado em português a partir de JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. cit., p. 101. Resulta paradigmático este exemplo que o próprio Jakobs extrai da Bíblia: “De acordo com a primeira ilustração que há de o homicídio – o fraticídio praticada por Caim, o agricultor sedentário, na pessoa de Abel, o pastor nómada – trata-se de um assassinio porque ambos, autor e vítima, estavam adstritos a uma ordem criada por Deus que os obrigava a respeitarem-se mutuamente. Todavia, no Antigo Testamento abundam os relatos de extermínio de outras tribos cometidos pelos israelistas, como, por exemplo, os cananeus, Js 11, 6-11 – uma vez que, não fazendo estas outras tribos sacrifícios ao Deus *único*, Ele tinha-as posto, não obstante serem suas criaturas, ‘nas mãos de Israel’, Js 11, 8: isto é, tinha-as despersonalizado” (*ibidem*, p. 32).

normativo constitui, destarte, um sistema próprio e autónomo, cabendo-lhe “codificar” em leis de “dever-ser” as informações, comunicações, etc. vindas do exterior;

2) “transcendentalismo normativista”<sup>56</sup> da ciência jurídica, em virtude do qual a dogmática juspenal se converte em muito mais que a simples determinação cognitiva e lógico-conceitual de um direito, abstractamente, positivado na lei. Efectivamente, caberá, agora, à doutrina assegurar (“reforçar”) a identidade/diferenciação do sistema jurídico mediante a recompreensão e refundamentação da sua estrita normatividade legal. Trata-se, portanto, de uma “desmaterialização” levada ao extremo, em cumprimento do programa de “renormativização dos conceitos” anunciado por Jakobs logo no Prólogo da 1ª edição do seu “Tratado de Direito Penal”: “Se se parte da função do Direito penal e não da essência (ou das estruturas) dos objectos da Dogmática penal, tal conduzir-nos-á a uma (re)normativização dos conceitos<sup>57</sup>”. Em todo o caso, se, por um lado, “o Direito gera por si o contexto normativo; sobretudo, este não é pré-determinado pela natureza” (ideia de normativização), por outro, “pretendendo-se que o Direito mantenha a sua capacidade de conexão com a vida cotidiana, não poderá ele contrariar radicalmente as constatações diárias consolidadas<sup>58</sup>”.

Parece-nos, pois, que, nesta última modalidade de normativismo jurídico (que, segundo Costa Andrade, se traduz no “mais acabado positivismo normativista<sup>59</sup>”), a função determinante no que respeita à fixação do conteúdo dos conceitos pré-figurados na lei pertence à doutrina, não ao legislador. E isto vale, de

<sup>56</sup> Assim, ANDRADE, M. Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. cit., p. 112.

<sup>57</sup> Citado em português a partir de JAKOBS, Günther. *Derecho Penal (Parte General): Fundamentos y teoría de la imputación*. cit., p. IX.

<sup>58</sup> Citado em português a partir de JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. cit., p. 44. Assim, por exemplo: “Se o sistema jurídico faz uso da causalidade em sentido científico-natural, tal não se verifica em virtude daquela ter sido considerada algo que precede a sociedade em si, mas, sim, porque a própria sociedade erigiu essa causalidade em um critério de sentido, de tal sorte que sempre que não é respeitado existe unicamente um sem-sentido, e um vazio a que nada nem ninguém se pode conectar no plano da comunicação”; acrescenta-se, porém, que “não basta reproduzir, sensivelmente, a causalidade a partir das práticas da vida diária ou das ciências naturais; pelo contrário, quando o sistema jurídico a incorpora, a causalidade converte-se num elemento da imputação e, consequentemente, num esquema de interpretação normativamente determinado” (*ibidem*, pp. 34 e s.).

<sup>59</sup> ANDRADE, M. Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. cit., p. 113. Assim, “a danosidade social acaba (...) por constituir apenas o referente da intencionalidade última da construção de JAKOBS, não assumindo qualquer relevância dogmática autónoma. Pelo contrário, são as *normas* – consideradas apenas na sua vigência e validade formais, e abstraindo do seu conteúdo – que aparecem no primeiro plano. São, aliás, as normas que, significativamente o autor define como os verdadeiros *bens jurídico-penais*” (*ibidem*, p. 114).

igual modo, para o conceito de autoria, também ele normativamente reconstruído: “(...) o que significa executar um facto, e quem o executa, determina-se normativamente, sendo bem mais secundário saber quem se serve das próprias mãos para executá-lo<sup>60</sup>”.

### II.1.2. Finalismo

É Heidegger quem inicia a “viragem copernicana” do pensamento filosófico contemporâneo vinculando a compreensão do “ser” à existência dos entes no mundo: “o ser da presença” (*Dasein*). Essa dimensão ontológico-existencial que apenas está presente nos pensadores gregos pré-socráticos (sobretudo, Heráclito) determinando, todavia, desde o início e na maioria das vezes todas as nossas possibilidades de existência abre novos rumos à metafísica tradicional que, no entender do filósofo alemão, falha o ser do ente na totalidade (“esquecimento do ser”<sup>61</sup>). Efectivamente, ela substitui-o por um ente *a priori* ou por um Ser privilegiado: “metafísica como ilusão”, cujo início remonta às Ideias de Platão e se prolonga na moderna subjectividade egóica de Descartes, Kant e Hegel para, paradoxalmente, se esgotar com a absolutização do “nada” em Nietzsche. Assim, “o homem não se relaciona com o mundo como o sujeito com o objecto, como os olhos com o quadro; nem mesmo como um actor frente a um cenário. O homem e o mundo encontram-se ligados como o caracol com a sua casca: o mundo faz parte do homem, é a sua dimensão e, à medida que o mundo muda, a existência (*in-der-Welt-sein*) muda também<sup>62</sup>”. Dito de outro modo servindo-nos da terminologia “heideggeriana”: o ser-aí é “uma possibilidade inteiramente jogada”, na medida em que desde o início e na maioria das vezes se concretiza como o “poder-ser” que ele

<sup>60</sup> Citado em português a partir de JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. cit., p. 42.

<sup>61</sup> Segundo Heidegger, a “verdade do ser” resulta da tensão que se estabelece a cada época entre o “desvelamento” ou despontar do ente na totalidade (“mundo”) e a retracção do ser no “abismo” da sua vinculante essencialidade emergente (“poder-ser”). Neste sentido, afirma com Heráclito que “o emergir privilegia o encobrir-se”. LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990, pp. 121 e s., nota 8a, contrapondo a Hermenêutica existencial à metódica tradicional, afirma que “a busca da verdade não teria (...), para Heidegger e Gadamer, o seu campo privilegiado na indagação científica (estribada no ‘método’), mas na arte, como experiência da verdade – o encontro com a obra como experiência de pertença de nós e da obra ao horizonte de consciência comum; seria na revelação de sentido ou ‘desocultação’ que resulta da ‘fusão de horizontes’ (*Verschmelzung der Horizonte*) e não numa aproximação metodicamente orientada a um ideal de ‘objectividade’ que residiria a essência da ‘verdade’”.

<sup>62</sup> KUNDERA, Milan. *A arte do romance*. Tradução de Luísa Feijó e Maria João Delgado. 2ª edição. Lisboa: Dom Quixote, 2002, p. 51.



é a partir das possibilidades de existência que lhe são “desveladas” pelo seu mundo (isto é, o ser-aí “esgota-se” nas suas possibilidades de existência<sup>63</sup>).

Já na área da jusfilosofia, primeiro Reinach e, mais tarde, Husserl chamam a nossa atenção para uma “legalidade da essência” que encerra em si um “ser” extra-temporal, anterior ao direito positivo propriamente dito. Neste sentido, afirma Reinach que “o Direito positivo ‘não produz em nada’ os conceitos jurídicos a que dá acolhimento: depara com eles<sup>64</sup>”, enquanto Husserl declara de modo mais explícito: “Os ‘objectos jurídicos ideais’, que a ‘análise das essências’ nos desvenda, relacionam-se com o Direito positivo – que é o Direito existente – como a possibilidade se relaciona com a realidade, o ‘poder ser’ com o ‘ser’ (real)<sup>65</sup>”.

Deve-se, porém, a Hans Welzel<sup>66</sup> a criação de um novo sistema de direito penal que nos remete para uma realidade ontológica e material, constitutiva da base de toda a valoração jurídica possível<sup>67</sup>: “Este método ‘vinculado ao ser ou às coisas’ (...) e que constitui um dos aspectos essenciais da doutrina da acção final, devia ser designado com a palavra ‘ontológico’, sem que tal signifique, porém, a opção por um sistema ontológico determinado<sup>68</sup>”. Não se trata, portanto, de um qualquer sistema de elementos ordenadores “supra ou pré-legais”, científico-

---

<sup>63</sup> Vide, por todos, CASANOVA, Marco António. *Compreender Heidegger*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009 (*maxime*, pp. 75 e ss.), obra esta que constitui a nosso ver uma excelente introdução ao pensamento heideggeriano.

<sup>64</sup> REINACH, Adolf. *Zur Phänomenologie des Rechts*. 1953, p. 14, *apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., p. 153.

<sup>65</sup> HUSSERL, Gerhart. *Der Rechtsgegenstand*. 1933, p. IV, *apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., p. 155. É notória neste excerto a influência do pensamento filosófico heideggeriano.

<sup>66</sup> Sobre a recepção a nível jusfilosófico da analítica existencial de Heidegger, diz-nos LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. cit., sobretudo, pp. 203 e ss. que são exemplares as impositões de Arthur Kaufmann assentes na noção de “analogia”: sendo o ente constituído por duas dimensões – essência e existência, a “coisa Direito” corresponderá em particular à relação de tensão entre jusnaturalidade e positividade, de tal sorte que é na “assimilação” (por via da “analogia”) dos momentos dessa polaridade que o Direito realiza a plenitude do seu estatuto entitativo. Assim, para Kaufmann, o Direito real é “o ‘Direito natural histórico-concreto’, simultaneamente positivo (enquanto existente) e natural (enquanto justo)” que “só na resolução concreta cobra (...) a espessura da sua essência”.

<sup>67</sup> Neste sentido, também PEREIRA, Maria Margarida Silva. “A comparticipação criminosa depois do Código Penal de 1982: um regime intocado pelas revisões legislativas. Ensaio de crítica”, em: ANDRADE, M. Costa *et alii* (coords.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias – vol. II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 818: “Em 1939 (com os ‘Studien aus dem Strafrecht’), Welzel demarca-se do causalismo e do neokantismo, e centra o método jurídico em base social, cultural, no mundo do ser. É verdade que este mundo não explicita ainda os seus pressupostos, mas em todo caso firma o princípio da aproximação normativa penal à realidade fáctica”.

<sup>68</sup> Citado em português a partir de WELZEL, Hans. “Prólogo del autor a la cuarta edición”, em: WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Tradução (e notas) de José Cerezo Mir. Montevideo: Editorial B de f, 2004, p. 31.

espiritualmente construído ou intuído (como sustenta a chamada “Jurisprudência de valoração”<sup>69</sup>), mas da remissão a concretas estruturas lógico-materiais do ser que se impõem com anterioridade à criação do direito, na medida em que, não constituindo – elas próprias – o produto de qualquer valoração, apenas determinam a partir da realidade ôntica pré-existente a “perspectiva” segundo a qual o direito se revela<sup>70</sup>.

Tendo por referência a concepção do Homem “como ser responsável, aberto ao mundo, capaz de reger-se por critérios de sentido, de verdade e de valor”<sup>71</sup>, *arranca-se* da seguinte hipótese ontológica: “A acção humana é exercício de actividade final”<sup>72</sup>. Hipótese esta que encerra as seguintes dimensões antropológicas fundamentais:

- voluntariedade, em virtude da qual o Homem não se limita a sofrer, passivamente, os efeitos do mundo exterior, antes propende a inter-agir com ele modificando-o. É o impulso de vontade em si e por si que, nessa sua singeleza ou espontaneidade, também está presente no conceito “naturalista” de acção;

- finalidade, uma vez que a vontade só se converte na “espinha dorsal da acção” quando o Homem servindo-se do seu prévio saber causal dirige o acontecimento tendo em vista certos fins cuja realização se propõe e, mentalmente, antecipa. Diz-nos Welzel: “Se se quiser compreender (...) a acção, para além da sua característica (abstracta) de mera voluntariedade, isto é, na sua forma essencial, concreta, materialmente determinada, só será possível consegui-lo mediante a referência a um determinado resultado querido. (...) À finalidade é-lhe essencial a referência a determinadas consequências queridas; sem essa referência sobra apenas a voluntariedade, que é incapaz de caracterizar uma acção com um determinado

---

<sup>69</sup> Esta Jurisprudência dá corpo a um “idealismo jurídico objectivo”, preferindo-se o conceito de “valor” (que aponta para os “corolários da ideia de justiça” que estando subjacentes às leis modelam ou pré-determinam os respectivos conteúdos) à noção de “interesse” cujo sentido é ambíguo.

<sup>70</sup> Estas estruturas são descritas por CEREZO MIR, José, em: WELZEL, Hans. “Prólogo del autor a la cuarta edición”. cit., nota 2 (p. 31) do seguinte modo: “Estruturas lógico-objectivas são estruturas da matéria de a regulação jurídica destacadas pela lógica concreta, que se orienta diretamente a partir da realidade que é objecto de conhecimento”.

<sup>71</sup> Citado em português a partir de CEREZO MIR, José, em: WELZEL, Hans. “Prólogo del autor a la cuarta edición”. cit., nota 3 (p. 33). Diz ainda Cerezo por referência a Stratenwerth que “a estrutura final da acção humana não poderia ser entendida, nem a conduta final poderia ser considerada como a conduta especificamente humana, se não se partisse de uma determinada concepção de homem (...). Uma ciência que se ocupasse exclusivamente em descobrir nexos causais não poderia compreender a estrutura final da acção humana” (*ibidem*, nota 3/p. 33).

<sup>72</sup> Citado em português a partir de WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. cit., p. 41.

conteúdo<sup>73</sup>”. Daí afirmar sintetizando que “a finalidade é (...) ‘vidente’, a causalidade ‘cega’<sup>74</sup>”.

Se considerarmos, por um lado, a hipótese ontológica acima referida e o respectivo conteúdo antropológico e, por outro, que “as normas de direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais, mas somente actos dirigidos finalmente (...) ou a omissão de tais actos<sup>75</sup>”, dever-se-á concluir que o legislador está necessariamente vinculado a determinados elementos do ser que – dito em termos heideggerianos – desde o início e na maioria das vezes nos pré-determinam a todos nas nossas possibilidades de existência. É dizer que tendo o legislador liberdade para seleccionar e descrever a “matéria de proibição” (tipos legais de crime), o respectivo conteúdo material só se compreenderá “descendo” à esfera ontológica (“retorno à coisa Direito”)<sup>76</sup>.

Nesta perspectiva metodológica, as sobreditas estruturas lógico-materiais, não apenas garantiriam à teoria do direito penal a sua correcção científica, como constituiriam o único horizonte ontológico possível das valorações subscritas pelo legislador. Destarte, “o conhecimento logico-estruturalmente correcto das objectividades intencionais era simultaneamente (ou implicava necessariamente) a

---

<sup>73</sup> Citado em português a partir de WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. cit., p. 45.

<sup>74</sup> Citado em português a partir de WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. cit., p. 41. Roxin acusa esta “finalidade” de ser tão “cega” quanto a “causalidade” que pretende superar. Assim, diz este Autor: “Para a teoria de Welzel, o ponto de enlace com o direito penal foi a luta contra o conceito causal de acção. Porém, o esforço para superar tal conceito não se podia apoiar na ideia, que apenas posteriormente passaria a primeiro plano, do direito penal se dever basear em uma ‘lei objectiva da estrutura de ser’ independente ‘de qualquer relação com o direito’, já que esses pressupostos eram realizados em toda a sua extensão pela categoria da causalidade. Pelo contrário, haveria que proceder precisamente de forma inversa, opondo à causalidade livre de sentido, abstracta e analiticamente conforme ao método das ciências naturais, o conceito de uma acção final valorada, concreta e que exprimisse os conteúdos de sentido jurídico-social” (ROXIN, Claus. “Contribuição para a crítica da teoria finalista da acção”, em ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. 3.ª edição. Lisboa: Vega, 2004, pp. 110 e s.). E mais adiante, em jeito de síntese: “Tal como a teoria finalista da acção se deve transformar numa teoria finalista da tipicidade, o conceito ontológico de finalidade deverá ser substituído por um conceito jurídico-social de finalidade” (*ibidem*, p. 129).

<sup>75</sup> Citado em português a partir de WELZEL, Hans. “Prólogo del autor a la cuarta edición”. cit., p. 32. Sobre a essencial identidade teleológico-estrutural entre crimes comissivos ou por acção e crimes omissivos diz BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal – II (lições proferidas no ano lectivo de 1979/80)*. Lisboa: aafdl, p. 396: “só se ele (agente) tiver o domínio do facto, isto é, só se ele tiver a possibilidade de impedir um certo resultado agindo é que faz sentido falar em crimes por omissão”.

<sup>76</sup> Esta viragem “ontológica” implicará para a concepção do Direito que a respectiva ciência deixe de ser vista como uma ciência teórica respeitante a problemas de “conhecimento”, passando antes a assumir-se como uma ciência prática preocupada com o “agir correcto” (*vide* LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. cit., p. 88, nota 231a).

avaliação axiológico-normativamente justa das entidades reais (dos ‘entes’) que realizassem essas estruturas<sup>77</sup>.

Mais concretamente e no que respeita ao conceito de autoria, deverá este conceito respeitar já na sua determinação legal a estrutura final da acção humana, sendo certo que ela não se esgota na vertente meramente objectiva ou causal (“desvalor de resultado”), na medida em que inclui, também e necessariamente, a finalidade (“desvalor de acção”). É a chamada “unidade final-causal de acção”, que constitui, porventura, o contributo mais importante do finalismo para a actual ciência juspenal<sup>78</sup>.

### II.1.3. C. Roxin e a doutrina teleológico-funcional e racional do crime

É sabido que o “direito penal político”<sup>79</sup> (ou direito penal, *tout court*) está, intimamente, conexionado com a teoria dos fins das penas. Dito de outro modo: a teoria dos fins das penas é decisiva na dilucidação de toda a problemática respeitante, não apenas à legitimação e função do direito penal<sup>80</sup>, mas, também, à

<sup>77</sup> NEVES, A. Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967, pp. 701 e s.

<sup>78</sup> Diz WELZEL, Hans. “Prólogo del autor a la edición española”, em *El nuevo sistema del derecho penal*. cit., pp. 25 e s.: “A consequência jurídico-penal mais importante da compreensão de que a acção não é um processo causal, mas final, traduz-se em tornar possível detectar, na ilicitude típica, não apenas o desvalor de resultado, mas, também, o desvalor de acção. Tal não pôde fazê-lo a doutrina de a acção causal, pois para esta a ilicitude típica tinha de consistir, exclusivamente, no desvalor de resultado, ou seja, na lesão do bem jurídico e não conseguiu explicar por que razão a forma de execução da acção era já essencial para o problema da antijuridicidade”.

<sup>79</sup> A expressão é de ROXIN, Claus. “Franz von Liszt e a concepção político-criminal do projecto alternativo”, em: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. 3ª edição. Lisboa: Vega, 2004, p. 58. Sobre o risco de se fazer da “política” – qualquer que ela seja – o *prius* da nossa actividade intelectual ou prática, convém recordar estas palavras escritas a respeito de uma das épocas mais trágicas da história dos povos: “Donde provêm num país, reiteradamente, tantos assassinios? Que clima deve existir para que tudo isto seja possível, e quem cria esse clima? O clima reside em fazer da política o valor supremo, perante o qual todos os demais valores devem ceder. (...) Os valores da inocência ou da bondade pessoais não servem para salvar a vida quando esta entra em conflito com o valor maior – que decide tudo – da ideia política. Por certo, a propaganda não coloca a questão nestes termos; pelo contrário, ilude-os e apela ao nacionalismo, à honradez, à defesa de uma determinada ideologia. Mas do que se trata sempre é de justificar que face a estes valores todos os outros, inclusivamente a vida de milhões de seres inocentes, devem soçobrar. O Estado – di-lo Freud, já durante a Primeira Guerra Mundial – proibiu ao indivíduo o uso da injustiça, ‘não porque a queira suprimir, mas, sim, porque a quer monopolizar como faz com o sal e o tabaco’” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Montevideo: B de f, 2006, p. 156).

<sup>80</sup> Certas correntes mais recentes do pensamento jurídico-penal (particularmente, na área criminológica) vêm na reforma das normas sancionatórias o principal factor de renovação qualitativa do direito penal no seu todo. Assim, PIRES, Alvaro. “Codification et reformes pénales”, em MUCCHIELLI, Laurent; ROBERT, Philippe (coords.). *Crime et sécurité. L’état des savoirs*. Paris: Éditions la Découverte, 2002, pp. 84 e ss., diz: “A evolução de regime jurídico parece

construção dogmática do crime e respectivas consequências jurídicas. Assim e segundo Roxin, “as finalidades directoras que constituem o sistema de direito penal só podem ser de tipo político-criminal, dado que os pressupostos da punibilidade hão-de, naturalmente, orientar-se em função dos fins do direito penal. Sob este ponto de vista, as categorias básicas do sistema tradicional apresentam-se como instrumentos de valoração político-criminal, razão pela qual também são irrenunciáveis num sistema teleológico<sup>81</sup>”. Acrescentando ainda este Autor por referência ao Projecto Alternativo<sup>82</sup>, que “as exigências do Estado de direito e do Estado social, de salvaguarda da liberdade e da prevenção, não devem ser unilateralmente atribuídas a determinadas fases da realização do direito penal nem a determinadas sanções de tipo concreto, devendo antes realizar-se sempre simultaneamente<sup>83</sup>”.

Por outro lado, a tradicional ideia metafísica de expiação que, seguindo os ensinamentos de Hegel, vê na pena a “supressão” da culpa do autor (teoria da retribuição), é hoje largamente contrariada por uma concepção preventiva da pena reconduzível à função sócio-política confiada ao direito penal: assegurar mediante o combate à criminalidade uma convivência pacífica em sociedade. Consequentemente e de acordo com a perspectiva em análise, o direito penal deveria assumir também uma estrutura teleológica, material e programaticamente vocacionada para a preservação de certos valores ou interesses fundamentais (bens

---

reclamar como necessária uma alteração das normas secundárias, isto é, das normas sancionatórias, processuais, etc. (Hart). (...) As normas de conduta são sem dúvida muito importantes, mas elas revelam-se, também, significativamente insuficientes, ou seja, não necessárias, no sentido de caracterizar a evolução de regime (ou qualitativa) do direito penal. Ora, paradoxalmente, parece que as normas que modificam a qualidade do sistema são, precisamente, aquelas que desde os anos 80 (do século passado) não queremos reformar”.

<sup>81</sup> Citado em português a partir de ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I*. Tradução da 2.<sup>a</sup> edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2006, pp. 217 e s.

<sup>82</sup> O Projecto Alternativo de 1966 (PA) inscreve-se no amplo movimento de reforma do RStGB (Código Penal do Reich) de 1871, tendo sido subscrito por diversos penalistas - entre os quais, Roxin - que se opõem ao Projecto Oficial de 1962 tributário de uma concepção retributiva da pena. Assim, o actual Código Penal alemão de 1975 reproduz em larga medida as propostas legislativas constantes do PA.

<sup>83</sup> ROXIN, Claus. “Franz von Liszt e a concepção político-criminal do projecto alternativo”. cit., pp. 80 e s. Está em causa a opinião sufragada por Liszt - que Roxin refuta - segundo a qual “o direito penal é o dono e senhor absoluto do *se*, e a política criminal, a soberana exclusiva do *como* da pena” (*ibidem*, pp. 78 e s.).

jurídicos). Diz-nos Roxin que “(...) uma vez definidos os fins da pena, há que derivar daí aquilo que se considera bem jurídico<sup>84</sup>”.

Ora, sendo estes valores ou interesses, por força da sua matriz política, entidades contingentes, estar-se-ia, afinal, perante um direito penal funcionalizado à vontade legiferante (mutável) das sucessivas maiorias parlamentares. Será, exactamente, assim ?

Creio que a resposta a esta questão apenas nos poderá ser dada a partir de uma compreensão mais detalhada do conceito de bem jurídico. Se recuarmos a Liszt constataremos que este notável juspenalista alemão sustenta uma interpretação daquele conceito que nos remete para os “interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem jurídica não cria o interesse, cria-o a vida; mas a protecção do Direito eleva o interesse vital a bem jurídico<sup>85</sup>”. Destarte, os critérios de *necessidade e idoneidade* - intimamente associados a esta ideia de bem jurídico – postulam a proibição de incriminação das condutas cuja nocividade possa ser combatida mediante a adopção de outras medidas de política social: “o direito penal é a barreira intransponível da política criminal<sup>86</sup>”.

Após a II Guerra mundial, Roxin, sem abandonar as exigências garantistas do Estado de direito<sup>87</sup>, mas considerando, também, os postulados do Estado social, adopta uma concepção de direito penal politicamente mais comprometida, vendo-o, sobretudo, como instrumento de promoção do indivíduo em sociedade. Assim, não apenas exclui como fizera já Liszt do conceito de bem jurídico a tutela de toda e qualquer acção simplesmente moral que não ponha em causa a segurança da colectividade, como sublinha a particular relevância da protecção penal das prestações sociais fundamentais do Estado. Também não é por acaso que, em virtude da conexão já referida entre o direito penal e a teoria dos fins das penas, se atribui especial importância à ressocialização dos criminosos, invocando-se a iniludível responsabilidade da sociedade pelo destino dos seus membros sem

---

<sup>84</sup> ROXIN, Claus. “Franz von Liszt e a concepção político-criminal do projecto alternativo”. cit., p. 61 : bem jurídico no sentido de “determinação conceptual derivada do fim do direito penal” (nota 46).

<sup>85</sup> Citado em português a partir de LISZT, Franz v. *Tratado de Derecho Penal – Tomo II*. Tradução da 20ª edição alemã por Luis Jiménez de Asúa. 4ª edição. Madrid: Editorial Reus, 2007, p. 6.

<sup>86</sup> LISZT, Franz v. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge – II*. p. 80, *apud* ROXIN, Claus. “Franz von Liszt e a concepção político-criminal do projecto alternativo”. cit., p. 76.

<sup>87</sup> Diz ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I*. cit., p. 224, que “(...) o princípio *nullum crimen sine lege* é um postulado político criminal tão importante como a exigência de combater eficazmente o crime”.

excepção (i. é, delinquentes ou não<sup>88</sup>). Acentua-se, portanto, a dimensão social no que respeita à função e justificação do poder penal do Estado, dimensão esta que, não evidenciando já a mesma radicalidade pré-positiva ou naturalística dos interesses vitais a que Liszt se refere, estará de algum modo mais sujeita à manipulação do legislador, em nome de novas exigências de “higienização social”.

Efectivamente e a par das normas “que correspondem às representações ético-sociais colectivas e são consensualmente assumidas”, existem outras que devem a sua validade e vigência à “intervenção do político no direito”. Aliás, “o direito assumirá (...) cada vez mais uma dimensão e uma tarefa programático-conformadora, como mediação positivada do político<sup>89</sup>”. Expansão penal esta, que traduzindo-se no “acesso progressivo de novas necessidades colectivas à categoria de interesses dignos de tutela penal”, se faz “naturalmente à custa do alargamento da extensão do conceito de bem jurídico e reflexamente do esbatimento dos seus contornos. E, por vias disso, em detrimento da sua função de garantia e crítica<sup>90</sup>”.

Também o próprio Roxin reconhece que, na esteira da mais recente evolução da política criminal, se verifica “(...) uma deslocação da protecção individual para a protecção da colectividade (isto é, de toda a população ou de grandes grupos da população). Objecto de novas prescrições penais e de sentenças orientadoras passaram a ser, predominantemente, crimes antieconómicos, crimes contra o ambiente, responsabilidade pelo produto (...). Em tais crimes, frequentemente, o bem jurídico protegido só é reconhecido de modo vago, pois, os tipos penais respectivos, em vez de lesões concretas de bens jurídicos, descrevem perigos mais ou menos abstractos, situados no âmbito prévio ao da produção do dano<sup>91</sup>”.

---

<sup>88</sup> É a chamada “prevenção da reincidência”, assim designada por DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. cit., p. 54, por referência a ESER. “Resozialisierung in der Krise?”, em: *Peters-FS*. 1974, p. 511. Vide, também, RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 29-63: diz-se aí que “o espírito do tempo caracteriza-se, efectivamente, por uma profunda transformação do sistema penal, marcada pelo abandono da onticidade (conceitualista) ligada ao finalismo e pela superação da dominante exasperadamente normativa do neo-kantismo. São os dias da afirmação, ancorada nas ciências sociais, da *finalidade de prevenção*, geralmente reconhecida como *valor orientador da administração da justiça penal*” (*ibidem*, p. 30).

<sup>89</sup> ANDRADE, M. Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. cit., p. 122/nota 236.

<sup>90</sup> ANDRADE, M. Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. cit., p. 127.

<sup>91</sup> ROXIN, Claus. “Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial”, em VALDÁGUA, M. da Conceição (coord.). *Problemas fundamentais de direito penal: colóquio internacional de direito penal em homenagem a Claus Roxin*. Tradução de Augusto da Silva Dias. Lisboa: Universidade Lusitana Editora, 2002, pp. 18 e s. É verdade que este Autor considera que o estado actual da política criminal, na Alemanha, pouco ou nada tem a ver com a

A este direito penal e respectiva ciência, cujos “conceitos básicos (...) devem ser determinados e cunhados a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema<sup>92</sup>”, corresponderá um pensamento jurídico de índole funcionalista: “(...) o normativismo fecha a normatividade jurídica numa sua postulada autonomia lógico-normativa que subsistiria numa auto-determinação dogmática (...). Ora, o propósito de superar aquela normativa autonomia lógico-dogmática e formal, com a sua censurada ‘cegueira ao social’, referindo antes o direito à complexa realidade do actual mundo humano-social, à ‘sociedade’ enquanto (...) o seu ‘englobante’ prático, em que ele se haveria de comprometer e para lhe oferecer as respostas funcionalmente exigidas e adequadas, foi o que determinou a formação de uma outra perspectiva da juridicidade, que se designará por funcionalismo jurídico<sup>93</sup>”.

Neste quadro de material funcionalização do direito, a intervenção do legislador assume inicialmente particular importância, na medida em que lhe caberá estabelecer a “estratégia” a que deve obedecer a concreta conformação da realidade política e social, tendo em vista a “maximização” dos objectivos aí anunciados. Assim, será função do legislador determinar antes do mais um “programa de fins” (*Zweckprogramm*), indicando os meios ou recursos a mobilizar para a prossecução dos fins seleccionados. Estará, agora, em causa, não apenas a “instrumentalidade” ou

---

teleologia que informa a sua doutrina juspenal, na exacta medida em que essa teleologia parte de uma exigência de ressociação da pessoa condenada. Em todo o caso, é o próprio Roxin quem admite “que um ponto de partida preventivo tende, na sua realização pura, para o tratamento coactivo e para a aplicação de penas indeterminadas, medidas que podem ferir a autonomia da personalidade e a segurança jurídica” (*ibidem*, pp. 17 e s.). É dizer: para a afirmação exclusiva de finalidades de prevenção negativa ou de intimidação. Tanto mais – dizemos, agora, nós – que, sendo o princípio da culpa entendido por esta corrente doutrinária como o limite da pena, concretamente, aplicável e, nesse sentido preciso, como o único garante das liberdades do cidadão perante a intervenção arbitrária dos poderes públicos, a *insustentável leveza* desse princípio impede-o, a nosso ver, de se afirmar como um obstáculo sério à exacerbação repressiva do poder punitivo estadual. Daí o ilustre penalista alemão se ver obrigado a constatar que “o espaço livre da acção do Estado é cada vez mais pequeno e a vigilância cada vez maior” (*ibidem*, p. 21).

<sup>92</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. cit., pp. 33 e s. Exemplo paradigmático desta subalternização da dogmática à *praxis* político-criminal é a consagração legislativa da responsabilidade penal das pessoas colectivas. Assim, “em nome da convicção de que as exigências pragmáticas da política criminal devem passar à frente dos preconceitos filosóficos”, postula-se a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas apenas no domínio do direito penal secundário (*princípio da identidade da liberdade*). Em contrapartida, sustenta-se que tratando-se do direito penal clássico “a máxima da responsabilidade individual deve continuar a valer sem limitações” (*vide* DIAS, Jorge Figueiredo. “Para uma dogmática do direito penal secundário”, em *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários – vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 67 e s.). Todavia e, certamente, em nome dos mesmos critérios pragmáticos de política criminal, assiste-se hoje a uma crescente expansão da responsabilidade penal colectiva, precisamente à custa do outrora excluído sector do direito penal de justiça (cfr. art. 11.º, n.º 2, CP).

<sup>93</sup> NEVES, A. Castanheira. “O funcionalismo jurídico”, em NEVES, A. Castanheira. *Digesta – vol. III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 207 e s.



aptidão dos meios escolhidos no que respeita à realização dos objectivos pré-determinados, mas, também, a “eficiência” das alternativas de decisão adoptadas face a outras possíveis opções (articulação maximizadora entre custos e benefícios sociais). Sendo certo que tanto uma (“instrumentalidade”) como a outra (“eficiência”) estarão sujeitas a uma comprovação prática em função da qual dependerá, em definitivo, o juízo sobre a sua correcção.

Todavia, tratando-se de uma planificação “cujo tempo é o futuro”, as fórmulas a que se recorrerá serão necessariamente “abertas” a postular uma sua posterior determinação prescritiva.

“Daí, justamente, que à programação dos fins/objectivos acresçam critérios regulativos (...) e de contrôlo: prescrições (legislativas ou outras) pelas quais o poder funcionalmente mobilizante do direito imponha especificações à programação ou planificação, regras, pelas quais o pensamento jurídico, pensando e actuando também funcionalmente, procura uma racionalidade operatória finalística dos comportamentos e das decisões; esquemas ou modelos de pensamento/acção ou estruturantes de um pensamento que o é de acção prática (...)”<sup>94 95</sup>.

E, por último, qual é a função que esta compreensão da juridicidade reserva à doutrina, particularmente à dogmática juspenal ? Roxin afirma que “o sistema constitui um elemento irrenunciável de um Direito penal próprio de o Estado de Direito”<sup>96</sup>. Todavia, exclui-se, abertamente, a possibilidade de uma dogmática estritamente “conceptualista” e normativamente auto-suficiente como é a do legalismo positivista, dando-se preferência a um pensamento jurídico-penal racional-finalisticamente orientado e determinado, em última instância, por exigências de política criminal (*Zweckrationalität*):

“A aplicação do Direito vai (...) muito para além da aplicação, subsumível em um procedimento conducente a uma conclusão lógica, de

---

<sup>94</sup> NEVES, A. Castanheira. “O funcionalismo jurídico”. cit., p. 233.

<sup>95</sup> Constituem sem dúvida manifestações deste pensamento jurídico funcionalista tanto a Lei-Quadro da Política Criminal (Lei nº 17/2006, de 23 de Maio) como as sucessivas Leis de execução (Lei nº 51/2007, de 31 de Agosto, e Lei nº 38/2009, de 20 de Julho). Efectivamente, apresentando-se a primeira na sua deliberada “abertura” como um verdadeiro programa finalístico, as segundas constituirão já acabados “modelos de pensamento/acção”, alimentados pelas reflexões-diagnósticos à recente evolução da criminalidade em Portugal. Tudo, afinal, em nome de um combate mais eficaz à delinquência socialmente mais gravosa através de medidas prioritárias de prevenção e investigação que favoreçam a máxima segurança de pessoas e bens.

<sup>96</sup> Citado em português a partir de ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I*. cit., p. 216.

uma lei pré-determinada em todas as suas particularidades; pelo contrário, consistirá antes na concretização do quadro legal, e nessa actividade reveladora (que é desenvolvimento e sistematização) das finalidades legislativas a própria aplicação constitui-se em política criminal sob o manto da dogmática. Portanto, a tarefa interpretativa da dogmática supõe já uma sistematização teleológica e politico-criminalmente determinada<sup>97</sup>”.

Dito por outras palavras: se cabe à política criminal a individualização das metas a atingir e à aplicação do direito a concreta e definitiva realização desses objectivos, deve-se, todavia, à dogmática a racionalidade que assegura a toda esta construção “programático-teleológica” a sua específica identidade jurídica, sistemático-cientificamente construída.

Também Figueiredo Dias alude na esteira de Roxin a uma ciência conjunta do direito penal<sup>98</sup> que integraria, para além da dogmática jurídico-penal, a criminologia e a política criminal. Assim, sem deixar de atribuir a esta última uma posição de domínio e transcendência dentro daquele sistema científico global<sup>99</sup>, o juspenalista português acentua, todavia, a unidade cooperativa ou funcional entre a dogmática e a política criminal:

“Nesta acepção se pode concluir que o problema, tal como deve ser hoje solucionado, das relações entre política criminal e dogmática jurídico-penal não é (...) o da introdução de um âmbito no outro, mas uma questão de optimização da colaboração entre ambos; e que por isso, melhor do que de uma unidade sistemática será falar de uma unidade cooperativa ou de uma unidade funcional entre as duas disciplinas<sup>100</sup>”.

<sup>97</sup> Citado em português a partir de ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I*. cit., pp. 224 s. Noutro passo da mesma obra, diz-se: “As finalidades directoras que integram o sistema de Direito penal só podem ser de tipo político-criminal, uma vez que os pressupostos de punibilidade devem naturalmente orientar-se tendo em vista os fins do Direito penal. Destarte, as categorias básicas do sistema tradicional apresentam-se como instrumentos de valoração político-criminal, razão pela qual elas próprias são também imprescindíveis a um sistema teleológico” (pp. 217 e s.).

<sup>98</sup> Em verdadeiro rigor, deve-se a Liszt a criação de o modelo tripartido a que chamou “ciência conjunta (total ou global) do direito penal” (cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. cit., p. 20).

<sup>99</sup> Diz DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. cit., pp. 34 e s.: “A política criminal (...) torna-se em ciência competente para, em último termo, **definir os limites da punibilidade**. (...) Sem por isso perder a sua intenção especificamente (e dir-se-á mesmo: autenticamente) jurídica, a política criminal surge como uma ciência *transpositiva, transdogmática e trans-sistemática* face a um qualquer direito positivo” (negrito e itálicos do Autor).

<sup>100</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. cit., p. 38.

Neste contexto de um sistema político-criminalmente orientado<sup>101</sup>, não devemos estranhar a preferência dada por Roxin (*maxime*, em matérias da Parte Geral como é a autoria) aos chamados “conceitos concreto-gerais” que são, inicialmente, simples esquemas dogmático-interpretativos, “cujo conteúdo surge tão-somente dos resultados variáveis da inter-penetração da finalidade geral na respectiva matéria jurídica particular<sup>102</sup>”. Estamos, neste sentido, perante conceitos dialéticos, na medida em que se alimentam das especificidades contrastantes do mundo do “ser”, tentando, todavia, superá-las numa síntese que relativiza sem as anular todas essas assimetrias originárias: ““O verdadeiro é o todo<sup>103</sup>”. E esse todo só o conhecemos no fim do caminho que, como um círculo que se fecha, volta ao começo e torna a colocar-nos diante dos olhos, por fim, a figura central que, a princípio, nos surgia como uma forma normativa vazia e que se diluía imediatamente nas suas manifestações<sup>104</sup>”.

Concluindo: se as exigências de prevenção geral próprias do Estado social favorecem hoje uma maior intervenção das maiorias parlamentares conjunturais na delimitação da “matéria de proibição” ou áreas criminalmente relevantes (traduzindo-se essa intervenção política acrescida num alargamento e numa antecipação da tutela penal e dando origem a uma crescente “pulverização”<sup>105</sup> da dogmática da Parte Geral), também a deliberada indeterminação do texto legal tem possibilitado ao intérprete (juiz) uma margem mais ampla de discricionariedade (subjectividade) na avaliação e decisão dos casos concretos *sub judicio*. Dito de modo mais explícito: na conceptualização jurídico-penal (sem excluir a autoria) a dogmática cede o passo à política criminal, e na concreta afirmação dessa conceptualização ao legislador sucede o juiz. Sustenta Roxin:

---

<sup>101</sup> De acordo com ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I*. cit., p. 230, o sistema juspenal que propõe é “um sistema ‘aberto’, que evita as unilateralidades, tanto do sistema conceptual de velho cunho, como da ‘tópica’ desvinculada do sistema, e constitui uma síntese das vantagens de ambos”.

<sup>102</sup> Citado em português a partir de ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I*. cit., p. 230.

<sup>103</sup> HEGEL. “Prefácio”, em: HEGEL. *Phänomenologie des Geistes*. 6ª ed. 1952, p. 21, *apud* ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7ª edição por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 572.

<sup>104</sup> Citado em português a partir de ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p. 572.

<sup>105</sup> São manifestações dessa “pulverização” ou “des-dogmatização” a criação não formal de diversos ramos jurídico-penais (direito penal económico, direito penal do ambiente, direito penal da mulher ou da violência de género, etc.), reivindicando cada um deles as suas próprias regras gerais.

“Este procedimento obriga a penetrar nas concretas hipóteses da vida, e a definir com a máxima exactidão os modos através dos quais as finalidades jurídicas, tendo presente a multiplicidade de dados reais, podem conduzir a resultados também muito variados e ajustados às respectivas circunstâncias. Assim, tal sistema está em larga medida *consequencialmente* orientado<sup>106</sup>”

#### II.1.4. A nossa posição

Se é certo como afirmara já Hume<sup>107</sup> que o “dever-ser” não se infere directamente do “ser”, não é menos verdade que o “ser” constitui o fundamento último e o limite inultrapassável do “dever-ser”. Sem precisar a estrutura desta relação entre “ser” e “dever-ser”, também Figueiredo Dias referindo-se à definitiva superação dos fundamentos ideológicos e filosóficos da escola de Baden reconhece que essa superação verifica-se “sobretudo na parte em que a essência do direito se não considera mais compatível com a profunda cisão entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser que as correntes neokantianas ainda supunham; e em que se reconhece que uma tal cisão, pensada até ao fim, se torna susceptível de reeditar muitas das teses do naturalismo positivista que com ela (concepção neoclássica do crime) se tinha procurado ultrapassar<sup>108</sup>”. Também Cavaleiro de Ferreira reconhece que “a separação entre a realidade de facto e a ‘realidade de direito’, entre o mundo real e o mundo jurídico, reduziria este a conceitos sem vida, sem conteúdo<sup>109</sup>”.

Assim, a perspectiva por que decididamente optamos assenta em dois pressupostos metodológicos fundamentais:

- a referência última a uma realidade material ontologicamente determinada, estando, todavia, essa realidade sujeita às alterações impostas pela concreta e histórica experiência humana. Diz-nos Welzel que a partir do princípio fundamental de Kant segundo o qual as condições de possibilidade da experiência são, simultaneamente, condições de possibilidade dos objectos da experiência “deduz-se que as categorias de conhecimento são também categorias do ser, isto é, que não

<sup>106</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I*. cit., pp. 229 e s.

<sup>107</sup> *Vide* nota de rodapé n.º 33.

<sup>108</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. cit., p. 243.

<sup>109</sup> FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Da participação criminosa*. Lisboa: Oficinas Gráficas, 1934, p. 36.

são apenas categorias gnoseológicas, mas (primariamente) categorias ontológicas<sup>110</sup>. Ora, é, precisamente, essa estrita vinculação do conhecimento ao mundo circundante que nos permite afirmar que o direito só pode ser pensado a partir do concreto devir humano. Dito uma vez mais em termos heideggerianos: é a partir do dar-se do aí (*Ereignis*<sup>111</sup>) que o ser-aí-humano pode ser pensado;

- a valoração autónoma do legislador, na exacta medida em que este poderá apropriar-se daquela pressuposta realidade material inscrevendo nela a sua marca própria, mas não reinventá-la arbitrariamente.

Dito por referência às Escolas de direito penal descritas acima: Welzel e a sua dogmática não devem ser ignorados, importando, todavia, desenvolver, axiológico-teleologicamente, essas aquisições científicas. Destarte, o sentido originário decisivo ser-nos-á sempre dado por certas estruturas materiais pré-positivas em contínua evolução (limites ontológico-empíricos), cabendo à ciência jurídica identificá-las mediante o contributo de diversos saberes científicos: sociológicos, históricos, políticos, económicos... e também jurídicos (“interdisciplinaridade do direito”). É este, por certo, o “método revelador” a que Roxin se refere quando constata:

“As matérias de regulação jurídica não recebem o seu conteúdo significativo do legislador, do juiz ou do investigador, antes esse conteúdo é algo de prévio, dado através de legalidades e estruturas de desenvolvimento ontológicas, éticas e – *lato sensu* – sociais. Nisto reside o correcto do método captador da essência e do sentido e o incorrecto do puro pensamento teleológico<sup>112</sup>”.

Em todo o caso, respeitados que sejam esses limites pré-jurídicos ou ontológicos, poderá o legislador exercitar a sua liberdade de conformação normativa atendendo às finalidades próprias de um Estado de direito. Neste preciso sentido e aceitando, por um lado, a tese segundo a qual - tendo presente a particular

---

<sup>110</sup> Citado em português a partir de WELZEL, Hans. “Prólogo del autor a la cuarta edición”. cit., p. 30.

<sup>111</sup> É o termo-chave da filosofia de Heidegger, após a sua viragem para o pensamento histórico (segunda metade da década de trinta do século passado). CASANOVA, Marco Antonio traduz esse termo por “acontecimento apropriativo”, acrescentando que na perspectiva heideggeriana “o ser-aí humano precisa se deixar apropriar pela história do ser em meio ao acontecimento apropriativo, para que a verdade do ser possa acontecer, ou seja, para que o ser possa desdobrar a sua essência” (*Compreender Heidegger*. cit., p. 177).

<sup>112</sup> Citado em português a partir de ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p.39.

função do direito penal de tutela de certos bens jurídicos considerados, comunitariamente, fundamentais – deve aquele direito estar teleologicamente estruturado, entendemos, por outro, que essa especial vocação político-criminal deverá obedecer às exigências do sistema jurídico-constitucional vigente (limites ontológico-normativos). Concordamos, assim, com Silva Sánchez, quando afirma:

“Há (...) ‘realidades’ normativas permanentemente instaladas em um consenso intersubjectivo, ou outras que alcançaram tal consenso mais recentemente, a respeito das quais temos a convicção de que um eventual dissenso futuro careceria de capacidade para alterá-las no seu *status* (assim seria relativamente aos direitos humanos, ou ao próprio conceito-base de dignidade humana)<sup>113</sup>”.

Por último, consideradas aquelas duas perspectivas metodológicas (ontológica e teleológica), a conceptualização surgirá e desenvolver-se-á a partir da relação que se estabelece entre elas: isto é, tendo por base a inter-acção entre os mundos do ser e do dever-ser. Neste sentido, se, por um lado, caberá ao “dever-ser” actualizar e realizar as possibilidades do “ser” (dimensão axiológico-normativa e teleológica), essa “conversão” material estará, por outro lado e em definitivo, “marcada” pela finitude do ser: “ser um poder-ser, ser um ser-no-mundo não significa outra coisa senão ser uma dinâmica existencial finita que encontra na finitude a sua determinação fundamental<sup>114</sup>”.

Tendo presente todos estes pressupostos filosóficos e metodológicos, aderimos sem outras reservas ao critério metódico proposto por Roxin que se materializa designadamente na utilização dos chamados “conceitos concreto-gerais”. Efectivamente, esse critério possibilita a interpenetração das finalidades valorativas da lei na pluralidade sempre renovada das situações da vida sujeitando aquelas ao *crivo* da “resistência do objecto”<sup>115</sup>: “O ‘contacto (*Fühlunghabe*) com o objecto’ permite ao intérprete ponderado confirmar rigorosamente as particulares

<sup>113</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”. cit., p. 29.

<sup>114</sup> CASANOVA, Marco Antonio. *Compreender Heidegger*. cit., pp. 130 e s. Vide, também, LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. cit., p. 99, nota 266: “Esse dinamismo ontológico tem uma dimensão simultaneamente ontológica e axiológica: nem a analéctica nem a dialéctica aceitam a cisão entre ‘ser’ e ‘dever-ser’, compreendendo o ‘dever-ser’ como ‘realização das possibilidades’ do ‘ser’”.

<sup>115</sup> Noção criada e desenvolvida por BOLLNOW num estudo intitulado “Die Objektivität der Geisteswissenschaften und die Frage nach dem Wesen der Wahrheit”, em: *Zeitschr. f. philosophische Forschung*. nº 1, 1962, citado por ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p. 576, nota 13.

soluções e argumentos, afastar erros e continuar a trabalhar frutiferamente nos detalhes<sup>116</sup>”. Trata-se, portanto e em suma, de um método que, sem ignorar a importância essencial do sistema para o conhecimento científico, recupera as ideias ainda hoje actuais de v. Savigny quando teve a ousadia de sustentar contra o pensamento jurídico dominante que “cada caso deve ser tomado como se fosse o ponto de partida de toda a ciência, a qual deveria ser forjada a partir dele<sup>117</sup>”.

No que respeita, em particular, ao conceito de autoria em direito penal, as posições dogmático-hermenêuticas assumidas obrigam-nos a sustentar as seguintes proposições metodológicas:

- ontologicamente, a referência última e fundamental deste conceito encontramos-na na estrutura finalista da acção humana

- axiológico-teleologicamente, o desenvolvimento do respectivo conteúdo preceptivo deve obedecer aos postulados de um “direito penal do facto”, uma vez que é esta a compreensão da realidade criminal que melhor se ajusta aos ditames de um Estado de direito democrático.

## II.2. Interpretação operativa

Tendo estabelecido à luz das diversas correntes doutrinárias que ainda hoje determinam a dogmática juspenal a perspectiva metodológica a que deve obedecer a conceptualização em direito penal, cabe, agora, indagar *se e como* se concilia essa conceptualização na sua irrecusável “abertura” performativa à concreta realidade histórica com as exigências estritamente formais e garantistas do princípio da legalidade criminal<sup>118</sup>.

O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* surge no Iluminismo como

---

<sup>116</sup> Citado em português a partir de ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p. 576.

<sup>117</sup> SAVIGNY. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. 1914, p. 30, *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. cit., p. 33.

<sup>118</sup> Tendo por referência os sistemas teleológicos, também SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Política criminal en la dogmática...”. cit., p. 20, constata que “(...) se os valores se apreendem a partir de perspectivas principialistas, parece claro que surgirá uma tensão entre a sua realização e a concretização das consequências instrumentais”.

consequência da teoria do contrato social<sup>119</sup>: atendendo ao carácter inviolável dos direitos e liberdades individuais, é indispensável que a Lei se erga contra a arbitrariedade estatal, assegurando, simultaneamente, a integridade de pessoas e bens, tudo em nome da segurança e certeza jurídicas (valores formais). Destarte, postula-se uma prévia e precisa determinação legal dos diversos tipos de crimes e respectivas penas, em ordem a prevenir práticas lesivas dos direitos subjectivos dos cidadãos.

A determinabilidade ou certeza da Lei aparecem, assim e desde o início, como uma das dimensões fundamentais do princípio da legalidade criminal<sup>120</sup> apontando para uma mera subsunção lógico-formal das concretas situações da vida nas condutas tipicamente criminalizadas: “*Lex certa* será a lei determinada na sua formulação prescritiva e no seu conteúdo normativo, em termos de poder impor-se já como critério autónomo e suficiente da incriminação punitiva, já como fundamento verdadeiramente vinculante da decisão concreta que imputa essa incriminação (...)”<sup>121</sup>.

É, também, por esta razão que Liszt pôde afirmar que o Código Penal se constitui - por mais paradoxal que tal nos possa parecer - na “magna Charta do criminoso”, na medida em que lhe garante o direito a ser punido apenas e tão somente quando se verificam *in concreto* os pressupostos legais dessa punição e dentro dos limites legalmente fixados<sup>122</sup>.

Vejamos, porém e ainda que sumariamente, como a actual doutrina juspenal compreende este princípio, seja numa perspectiva mais próxima das suas raízes iluminísticas, seja atendendo a outros critérios metodológicos.

### II.2.1. Jurisprudência tradicional

<sup>119</sup> Cfr. JESCHECK, H.; WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Tradução a partir da 5ª edição alemã por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 140. Também HESPANHA, António Manuel. “O direito penal e o seu ensino (c. 1800-c. 1910)”, em HESPANHA, A. M.; SILVA, Cristina Nogueira da (coords.). *Fontes para a história do direito penal em Portugal (c. 1800-c. 1910)*. Lisboa: FDUNL, 2006, pp. 6 e s., acrescentando-se aí uma outra justificação, esta já de raiz filosófica e moral: “esta positivação da definição do crime e da pena tornava-se necessária uma vez que se deixara de acreditar que a noção de mal estava inevitável e igualmente impressa na consciência moral de cada um ou numa ordem divina que se inscrevia na alma dos homens”.

<sup>120</sup> Para além da certeza ou determinabilidade, são corolários do princípio *nullum crimen* a existência de uma lei escrita (*lex scripta*), prévia (*lex praevia*) e estrita (*lex stricta*).

<sup>121</sup> NEVES, A. Castanheira. “O princípio da legalidade criminal”, em: NEVES, A. Castanheira. *Digesta – vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 370.

<sup>122</sup> Cfr. ROXIN, Claus. “Franz von Liszt e a concepção político-criminal do projecto alternativo”. cit., p. 76.



Para que o princípio *nullum crimen* possa cumprir cabalmente a função de garantia que assinalámos será condição necessária ainda que não suficiente a clara ou precisa definição dos diversos tipos de crime: respectivos pressupostos e consequências jurídicas. Todavia, diz-se que este objectivo só poderá ser alcançado se as leis penais contiverem uma prescrição normativa que resulte inequivocamente do texto que constitui o *corpus* dessas leis.

Assim, a estrita vinculação do juiz à lei obriga-o a procurar o sentido verbal da norma juspenal aplicável ao concreto caso decidendo (interpretação gramatical<sup>123</sup>), construindo, destarte, o silogismo judiciário que, tendo a *fattispecie* legal e a situação *sub judice*, respectivamente, como premissas maior e menor, e a pena como conclusão, será o culminar lógico de todo o processo de criação e aplicação do direito penal.

Esta é a perspectiva metodológica originariamente imposta pelo Iluminismo, mas que o positivismo legalista veio reforçar e converter em pensamento jurídico dominante. Aliás, numa versão mais radical chega-se a proscrever a própria interpretação jurídica devendo as normas juspenais oferecer imediatamente na sua determinação descritiva o critério que serve à decisão do juiz. Di-lo claramente Beccaria:

“Verificando-se um crime o juiz deve desenvolver um estrito raciocínio silogístico. Tomará como premissa maior a lei geral, como premissa menor a acção conforme ou não à lei, inferindo daí a título de conclusão a liberdade ou a pena. Quando o juiz coagido ou voluntariamente quer ir para além deste silogismo, abre-se a porta à incerteza”; concluindo, mais adiante: “Quantas vezes deparamos com os mesmos crimes punidos diversamente pelos mesmos tribunais em tempos distintos, em virtude de terem seguido, não a constante e fixa voz da lei, mas a errante instabilidade das interpretações? (...) Porém, um código inalterado de leis, que devem ser observadas à letra, não deixa ao juiz outra

---

<sup>123</sup> A interpretação gramatical dá-nos “o significado de um termo ou de uma cadeia de palavras no uso linguístico geral ou, no caso de que seja possível constatar um tal uso, no uso linguístico especial do falante concreto, aqui no da lei respectiva” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., pp. 450 e s.).

possibilidade senão a de examinar e decidir se as acções dos cidadãos são ou não conformes à lei escrita<sup>124</sup>”.

Todavia, tem-se hoje por inevitável uma certa indeterminação das leis penais que se manifesta, designadamente, no uso crescente de “conceitos indeterminados” ou “cláusulas-gerais”<sup>125</sup>. É dizer que não se prescinde já da actividade interpretativa que deverá, contudo, respeitar determinados limites que lhe pré-delimitam o respectivo âmbito de intervenção juspenalmente relevante. Assim, aponta-se, comummente, o “sentido literal possível” da norma interpretanda como limite externo da interpretação: “o que se encontra para além dessa fronteira é criação jurídica complementar que metodologicamente não pode continuar a ser designada por interpretação. O critério do sentido literal possível é imprescindível por razões que derivam do Estado de Direito, na medida em que ele oferece o único elemento objectivo verificável que possibilita reconhecer com segurança a partir de que altura começa a responsabilidade do Juiz pela sua própria criação de o Direito<sup>126</sup>”.

Digamos que as coisas se passariam metodologicamente da seguinte maneira: 1) parte-se do texto da lei devendo o intérprete procurar o sentido usual ou comum correspondente às palavras que o integram; 2) todavia, podendo esse texto comportar mais do que um sentido haverá que convocar outros factores ou elementos hermenêuticos para além do critério filológico-gramatical, em ordem a determinar o sentido decisivo da lei, designadamente a reconstituição da vontade do legislador histórico (elemento histórico), a conexidade lógica com as demais normas da mesma lei e/ou do ordenamento jurídico no seu todo (elemento sistemático<sup>127</sup>) e os fins prosseguidos pela norma (elemento teleológico); 3) em

<sup>124</sup> Citado em português a partir de BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Tradução de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza Editorial, 1997, pp. 36 e s. (1764)

<sup>125</sup> Assim e tendo por referência o nosso Código Penal, v.g., “os bons costumes” (art. 38º, nº 1), “especial censurabilidade ou perversidade” (art. 132º, nº 1), “motivo de relevante valor social ou moral” (art. 133º), “motivo não censurável” (art. 151º, nº 2), “grave abuso de autoridade” (art. 155º, nº 1, al. d) “tratamento cruel, degradante ou desumano” (art. 158º, nº 2, al. b), “em boa fé” (art. 180º, nº 2, al. b), “situação de especial debilidade” (art. 204º nº 1, al. d), etc.

<sup>126</sup> Citado em português a partir de JESCHECK, H; WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. cit., p. 170. Diz-nos, porém, ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. cit., p. 150 (“Anotações”/n.º 2), “(...) que, tanto nas próprias leis como nas premissas maiores formadas a partir delas, devemos manter como coisas distintas, por um lado, a expressão verbal (o ‘texto’, o ‘teor literal’) e, por outro, o ‘sentido’ (‘conteúdo de pensamento’) que nela se alberga. A primeira é o *objecto*, o segundo o *escopo* da interpretação”.

<sup>127</sup> Neste âmbito lógico-sistemático, assume especial relevo a chamada “interpretação conforme à Constituição” que para ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. cit., pp. 147 e s.

todo o caso, a solução encontrada deve caber ainda dentro dos sentidos literais possíveis do texto legal<sup>128</sup>.

Será, pois, dentro deste contexto hermenêutico que a certeza ou determinabilidade da lei penal (*lex certa*) se assume como dimensão fundamental do princípio da legalidade criminal e condição de possibilidade da *lex stricta* terminando a interpretação permitida quando se inicia a analogia proibida.

### II.2.2. Novas doutrinas metodológicas

A semântica moderna tem sublinhado o carácter inevitavelmente polissémico da linguagem comum acentuando a particular conexão que se estabelece entre o significado das palavras e o respectivo contexto. Ora, sendo os casos a decidir sempre variáveis na sua contingência e estrutura interna, não seria possível determinar *a priori* o teor verbal da lei abstractamente aplicável: pelo contrário, só a concreta realização do direito poderia em função das diferentes situações da vida fixar, a final, o sentido e alcance definitivos de uma norma. “No plano jurídico, e jurídico-criminal especificamente, a relação semiótica entre intensão e extensão converte-se na relação metodológica entre tipo legal, tipo abstracto ou verbalmente enunciado, e delito real, tipo concreto ou histórico-socialmente realizado; e se o problema intensional encontra (...) a sua solução na interpretação, o problema extensional (...) obtém a sua solução na concretização. (...) Pelo que a conclusão terá de ser esta: ‘só na aplicação concreta da própria norma se revelará se o caso a decidir é um caso dessa norma ou não’<sup>129</sup>”.

Por outro lado, há quem – como H. Kelsen – negue à hermenêutica jurídica a possibilidade de estabelecer uma hierarquia entre as diversas espécies de interpretação. Partindo, por um lado, da “absoluta disparidade entre o ser e o dever ser”<sup>130</sup> e, por outro, da “estrutura escalonada da ordem jurídica”<sup>131</sup>, Kelsen define a

---

apenas tem de particular “o facto de aquela referência ou conexidade de sentido render tributo simultaneamente à elevada hierarquia e à grande capacidade irradiante da Constituição”.

<sup>128</sup> Afirma ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. cit., p. 137: “Sob esta forma ou semelhante, as quatro espécies de interpretação pertencem em certa medida, desde Savigny, ao património adquirido da hermenêutica jurídica”.

<sup>129</sup> NEVES, A. Castanheira. “O princípio da legalidade criminal”. cit., pp. 438 e s. A conclusão referida na parte final da citação pertence - *apud* o Autor deste estudo - a HASSEMER, W. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. p. 255.

<sup>130</sup> Diz-nos Kelsen que a ciência do Direito tem por único e exclusivo objecto as normas (dever-ser), estando os actos subjacentes a essas normas totalmente desprovidos de sentido jurídico que apenas lhes é dado pelas normas, como “esquema de interpretação”, *se e quando* aplicadas àqueles actos.

interpretação como “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”<sup>132</sup>. Assim, à interpretação só será possível do ponto de vista juscientífico “estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica”: sendo ela “pura determinação cognoscitiva”, está-lhe vedada “qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas” cabendo “tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, seja competente para aplicar o Direito”<sup>133</sup>. É dizer que, na aplicação do Direito, apenas se exige que “o acto a pôr” se mantenha dentro da moldura dos sentidos filológico-gramaticalmente imputáveis à norma interpretanda, sendo o órgão chamado a produzir aquele acto livre de à luz da Moral, da Justiça, etc. efectuar “uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”<sup>134</sup>.

Todavia, algumas correntes metodológico-jurídicas de orientação analítico-linguística procuram construir um “modelo dos três domínios” distinguindo entre “candidatos positivos”, “candidatos negativos” e “candidatos neutrais”<sup>135</sup>. Assumindo a originária e irredutível indeterminação semântica dos textos legais, sustenta-se que é possível, em todo o caso, controlar essa indeterminação mediante a separação entre o “núcleo” dos conceitos jurídicos e a respectiva “auréola”. Assim, o sentido “natural” das leis corresponderá aos núcleos conceituais que integram apenas “candidatos positivos”: i.é, “objectos, factos ou casos que o conceito jurídico-legal, na sua imediata referência objectiva, inequivocamente abrangeria”. Já o sentido “possível” incluirá, também, “candidatos neutros”, ou casos “relativamente aos quais não seria possível tomar desde logo uma clara posição de objectiva inclusão ou exclusão”. Finalmente, os “candidatos negativos” pertenceriam já à analogia proibida porque inequivocamente excluídos pelo conceito jurídico-legal. Em suma: a lei seria *certa* segundo o seu “sentido literal possível” (inscrevendo-se inequivocamente aí apenas os “candidatos positivos”, já

---

<sup>131</sup> Segundo Kelsen, o Direito produz-se continuamente a si mesmo, na medida em que uma norma de um certo escalão, ao mesmo tempo que resulta da aplicação doutra norma de escalão superior, determina o acto jurídico que produz a norma de escalão inferior. Apenas a Constituição não é fruto de um acto de vontade, mas de uma norma fundamental mentalmente pressuposta (*Grundnorm*).

<sup>132</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução a partir da 2.ª edição austríaca (1960) de J.

Baptista Machado. 7.ª edição. Coimbra: Almedina, 2008, p. 379.

<sup>133</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. cit., pp. 386 e s.

<sup>134</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. cit., p. 385.

<sup>135</sup> Segue-se de perto a exposição feita por NEVES, A. Castanheira. “O princípio da legalidade criminal”. cit., pp. 442 e s.

que a inclusão dos “candidatos neutros” dependeria sempre de uma concreta confirmação), e, também, *stricta* em virtude da proibição de aplicação da regra válida para os “candidatos positivos” aos “candidatos negativos”.

Não falta, porém, quem - como referimos já - recuse qualquer possibilidade de concreção a nível hermenêutico das exigências normativas de “certeza” ou determinabilidade do princípio da legalidade criminal, sustentando, consequentemente, “o fracasso da solução metodológica”<sup>136</sup>. É que sendo aquela interpretação na sua essência analógica - na medida em que se traduz na comparação por analogia entre o caso abstractamente decidido na lei e o caso concretamente decidendo -, não apenas será prático-normativamente inviável pré-determinar o seu âmbito (“é (...) menos a lei a dominar o sentido e conteúdo do juízo concreto do que o juízo concreto a decidir do sentido e conteúdo da lei<sup>137</sup>”), como, metodologicamente, sem sentido discernir no *continuum* da realização do direito esta fase interpretativa da “concretização” jurisdicional que é “concretizadora determinação da prática e normativa indeterminação geral-abstracta em que verdadeiramente culmina a interpretação jurídica ou em que ela adquire o seu autêntico sentido<sup>138</sup>”. Ou seja: a norma tal como está na lei (o “texto da norma”) constituiria somente o ponto de partida, devendo o juiz num “ir e vir de perspectiva” construir a norma material de acordo com a qual o caso vem, a final, a ser decidido.

Outros autores – afirmando (como sustentara Kelsen) ser, metodologicamente, impossível estabelecer uma clara hierarquização entre os diversos critérios de interpretação – defendem que só se logrará superar esse défice hermenêutico-estrutural mediante a concreta intervenção do julgador. Todavia, diz-se, também, que, assentando esta intervenção em juízos de valor insusceptíveis de fundamentação racional (“sentimento jurídico”<sup>139</sup>), será o juiz a determinar, caso a caso, o conteúdo de sentido decisivo da norma interpretanda. “Dever-se-ia então concluir (...) que a vinculação do juiz à lei ancorada na nossa tradição jurídica e

---

<sup>136</sup> Assim, entre outros, NEVES, A. Castanheira. “O princípio da legalidade criminal”. cit., p. 463.

<sup>137</sup> NEVES, A. Castanheira. “O princípio da legalidade criminal”. cit., p. 463.

<sup>138</sup> NEVES, A. Castanheira. “O princípio da legalidade criminal”. cit., p. 379.

<sup>139</sup> Por “sentimento jurídico” entende-se o processo psíquico, que encerra uma opção ou valoração, mas cujo conteúdo apenas surge como evidente para aquele que o experimenta: “uma vez que esse sentimento não é senão o seu sentimento individual, qualquer outra pessoa poderá partilhar ou não partilhar desse sentimento; ninguém poderá afirmar que o *seu próprio* sentimento é mais infalível do que o de outrem” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., p.169).

escorada na Constituição<sup>140</sup> não seria possível de efectivação, e que a pretensa supremacia da lei seria uma ilusão<sup>141</sup>”.

Há, porém, outra corrente doutrinária que afirma a possibilidade de fundamentação racional do juízo decisório mediante a evocação dos diversos pontos de vista (“topoi”) susceptíveis de servirem de argumentos pró ou contra a solução encontrada: interpretação da lei, critérios de valoração supra-legais, “precedentes”, “argumento sobre as consequências”, etc.

Existindo ainda quem - como Esser - advogue que, em virtude da sobredita impossibilidade em atribuir prevalência a um dos critérios tradicionais de interpretação (literal, histórico, sistemático ou teleológico), a primeira prioridade consiste no “achamento” à luz de valorações pré-sistemáticas da decisão materialmente adequada, devendo o juiz *a posteriori* fundamentá-la recorrendo ao “método de interpretação” mais ajustado a esse fim.

Contra esta “secundarização” do particular critério hermenêutico, concretamente, adoptado manifesta-se Robert Alexy<sup>142</sup>: “Pode afirmar-se (...) que os cânones<sup>143</sup> não oferecem uma garantia no que respeita ‘ao *achamento* do único resultado correcto... com uma segurança relativamente grande’, mas em todo o caso são mais que simples instrumentos de legitimação secundária de uma decisão encontrada e fundamentada de outro modo. São, pelo contrário, formas a que a argumentação jurídica tem de recorrer se quiser estar à altura da exigência de correcção que nela se suscita e que, diferentemente do que se verifica no discurso prático geral, diz também respeito muito especialmente à vinculação perante a lei<sup>144</sup>”.

Em suma: o princípio da legalidade criminal ou pertenceria, em definitivo, a uma compreensão lógico-formal de o direito hoje superada ou constituiria quando

<sup>140</sup> Vide, entre nós, o artigo 203.º, CRP, segundo o qual “os tribunais são independentes e *apenas* estão sujeitos à lei” (o “*itálico*” é nosso).

<sup>141</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., p. 166.

<sup>142</sup> Na tentativa de superar as insuficiências metodológicas da “tópica”, Alexy inaugura uma “teoria da argumentação jurídica” que, partindo da discussão dos fundamentos de uma “teoria geral do discurso prático racional”, procura responder à seguinte questão: “o que é, nos quadros da ordem jurídica vigente, uma fundamentação racional?” (cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução a partir da 1.ª edição alemã (1983) de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 213).

<sup>143</sup> Isto é, as modalidades de interpretação que Alexy designa, também, por “formas de argumento”.

<sup>144</sup> Citado em português a partir de ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. cit., p. 240.

muito um limite à punibilidade excluindo do âmbito de aplicação das normas juspenais os casos análogos aos legalmente previstos (“candidatos negativos”).

### II.2.3. A nossa posição

Diz-nos Arthur Kaufmann citando-se a si próprio (*Analogie und “Nature der Sache”*. 2ª edição. 1982, p. 18) que o Direito estabelece a “correspondência entre o dever e o ser<sup>145</sup>”. Acrescentaremos, porém, que essa correspondência não se faz pela assimilação material entre “não-iguais”: isto é, sendo, efectivamente, o *concreto* a vocação essencial de o direito, no cumprimento dessa vocação nem a norma (“dever”) perde a sua intencionalidade abstracto-generalizante convertendo-se em caso (“ser”) nem este último a sua específica realidade transformando-se em norma. Acontece apenas que, tendo por base a situação da vida *sub judicio*, o intérprete deverá procurar nela o *prius* metodológico que o oriente na investigação hermenêutica a empreender, em ordem a encontrar, não apenas a norma, mas, também e fundamentalmente, o sentido dessa norma que melhor se adequem à resolução do caso decidendo.

Destarte e diversamente do que sustenta Castanheira Neves (e também Kaufmann quando afirma: “a base desta compreensão da norma legal e da criação do direito é constituída pela analogia entre dever e ser<sup>146</sup>”), parece-nos que não há aqui uma qualquer assimilação por analogia<sup>147</sup>: a norma ainda que facticamente determinada conserva a sua generalidade e a situação da vida apesar de juridicamente reconstruída não perde a sua concretude.

Daí que a aplicação do direito não possa prescindir da subsunção sem que isso signifique a sujeição a um qualquer mecânico ou automático silogismo judiciário; pelo contrário, longe de se esgotar numa actividade lógico-formal, aquela subsunção deve antes ser pensada como uma “dialética”. Assim, se, por um

---

<sup>145</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 203.

<sup>146</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. cit., p. 215.

<sup>147</sup> Citando HASSEMER, W. *Einführung*...cit., p. 256, NEVES, A. Castanheira. “O princípio da legalidade criminal”. cit., p. 439 afirma: “a aplicação do direito é um processo *circular* entre a lei e o caso, comparável a uma *espiral* que sobe, se corrige e aperfeiçoa num processo mútuo de comportamento entre a norma e a situação concreta”. Não se trataria, portanto, de uma simples analogia quanto aos efeitos jurídicos entre duas situações da vida idênticas, uma delas expressamente prevista na lei, a outra não (*analogia legis*), mas, sim, de uma assimilação quanto ao conteúdo de sentido entre uma norma e a situação de facto que lhe corresponde.

lado, o caso só adquire na lei a sua intencional objectividade axiológico-normativa, também, por outro lado, apenas à luz das singularidades do caso *sub judice* poderá a lei alcançar a plenitude de sentido. Diz Larenz: “A interpretação da lei é (...) um processo de duplo sentido, em cujo decurso se conforma a situação de facto definitiva enquanto enunciado, a partir da ‘situação de facto em bruto’, atendendo às proposições jurídicas potencialmente aplicáveis, e se precisa o conteúdo das normas a aplicar, atendendo mais uma vez à situação de facto, tanto quanto seja necessário<sup>148</sup>”. Também por esta razão a solução a que se chega no termo de todo o processo hermenêutico conserva ainda uma validade geral satisfazendo as exigências de uma “justiça equitativa”<sup>149</sup> e não esgotando, portanto, todas as suas virtualidades na consideração material das singularidades dificilmente repetíveis da situação da vida em análise.

Acresce que só o “modelo dedutivo de fundamentação”, que corresponde à racionalidade argumentativa inerente à subsunção, assegura suficientemente a vinculação - postulada pelo Estado de direito democrático - do juiz à lei. Exigência esta que é ainda maior no âmbito do direito penal em virtude das consequências jurídicas particularmente gravosas para os cidadãos que esse direito associa às proibições que prevê.

Neste particular contexto de concretização jurisdicional, o princípio *nullum crimen* poderá cumprir metodologicamente a sua função de garantia dentro dos seguintes parâmetros (ou limites):

- ontológico-empiricamente, o princípio da legalidade criminal como princípio de direito que é partilha do carácter relacional que é próprio da realidade jurídica. Neste sentido e porque se trata de direito penal, aquele princípio está materialmente vinculado a uma certa estrutura da acção humana que se expressa como vimos já no exercício de uma actividade final. Estará aqui em causa a particular relação entre a consciência e o seu objecto correlato que nos remete para o sentido básico do lema husserliano “rumo às coisas mesmas”: i.é, “a percepção implica a coisa percebida, a lembrança a coisa lembrada, a representação a coisa representada e assim por diante<sup>150</sup>”;

<sup>148</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., p. 439.

<sup>149</sup> Usa-se esta expressão no sentido que Fikentscher lhe atribui: isto é, por referência à norma que assegura um tratamento paritário a todas as situações de facto a que é aplicável por subsunção (cfr. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., p. 197).

<sup>150</sup> CASANOVA, Marcos Antonio. *Compreender Heidegger*. cit., p. 44.



- ontológico-normativamente, sendo o referido princípio um ditame jurídico-constitucional<sup>151</sup> é ele um postulado fundamental do respeito que é devido à dignidade da pessoa humana. Efectivamente e como afirma Sousa Brito (que vê no princípio da necessidade ou da máxima restrição da pena e das medidas de segurança a expressão material do princípio formal da legalidade criminal), “o princípio restritivo implica uma noção material do Estado de direito e deduz-se como esta da dignidade da pessoa humana<sup>152</sup>”. Destarte, o princípio *nullum crimen* constitui, em última análise, uma máxima de validade geral por que se deve pautar toda a convivência humana aí se manifestando uma ideia de Direito anterior e materialmente vinculante de todo o direito positivo<sup>153</sup>.

Assim, este fundamento axiológico-normativo e aquela vinculação ontológico-empírica obrigam a uma certa pré- compreensão do princípio *nullum crimen* que condiciona, em definitivo, a sua relevância práctico-normativa<sup>154</sup>:

- estando a intervenção do legislador penal circunscrita às acções humanas finalmente (consciente ou intencionalmente) realizadas, estas constituirão necessariamente a “fronteira” ontológico-material que se impõe à concreta dimensão dogmático-hermenêutica do princípio da legalidade criminal. É dizer que este princípio se afirma originariamente como a exigência material de uma pressuposta ordem ontológica inscrita na “natureza das coisas” e que o legislador deverá respeitar tanto no plano objectivo (descrição da conduta típica) como subjectivo (indicação do *animus* tipicamente relevante). Efectivamente, “a coluna vertebral da determinação legal num Estado de Direito reside na descrição típica mediante a menção de ‘circunstâncias fácticas’ e de ‘características do autor’. Esta descrição típica deve ser de tal modo clara e determinada que o juízo de ilicitude do

<sup>151</sup> Cfr. arts. 29º, ns.º 1, 3 e 4, e 165º, nº 1, al. c), ambos da Constituição (CRP).

<sup>152</sup> BRITO, José Sousa. “A lei penal na Constituição”, em MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos sobre a Constituição – vol. II*. Lisboa: Petrony, 1978, p. 218.

<sup>153</sup> Refere-se Heinrich Hubmann, em diversos estudos publicados sob o título *Wertung und Abwägung im Recht* (Valoração e Ponderação no Direito), a certos valores constitutivos de uma ordem ético-social que exprime a natureza humana e que nessa sua particularíssima relevância para a convivência de todos nós são pré-dados ao Direito e pelos quais ele se terá de orientar (*vide* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., p. 175).

<sup>154</sup> K. Larenz sublinha a relevância decisiva destes dois critérios – um deles axiológico, o outro ontológico-material -, mas, apesar de admitir a sua anterioridade face à intervenção do legislador, considera-os (estranhamente) como simples “elementos” teleológico-objectivos da interpretação. Defini-os nos seguintes termos: “Por um lado, trata-se das estruturas do âmbito material regulado, dados factuais, em relação aos quais nem o legislador pode alterar o que quer que seja, e que ele toma em consideração de modo racional a propósito de qualquer regulação; por outro lado, trata-se dos princípios ético-jurídicos, que estão antepostos a uma regulação, nos quais a referência de sentido dessa regulação à ideia de Direito se torna apreensível, manifesta” (*Metodologia da ciência do direito*. cit., p. 469).

legislador seja imediatamente apreendido através dela (‘indiciado’)<sup>155</sup>. Dito de outro modo: é na descrição da factualidade típica que em verdadeiro rigor se concretiza o princípio da legalidade criminal, sendo certo que essa descrição está onticamente vinculada a uma certa estrutura lógico-material da acção humana;

- axiológico-normativamente, deverá o cumprimento jurídico do princípio da legalidade criminal orientar-se pelos princípios ou valores plasmados na nossa Constituição: “as opções axiológicas constitucionais, a começar naturalmente pelas expressas na Constituição de 1976, devem ser respeitadas pelas normas penais e orientar a sua interpretação. Mais: são elas que definem os valores fundamentais da vida em sociedade que o direito penal visa proteger<sup>156</sup>”. Assim e por um lado, os bens jurídico-penais concretamente tutelados constituem-se, eles próprios, em incontornáveis critérios de exegese do conteúdo de sentido dos diversos tipos legais de ilícito da Parte Especial. Por outro lado e no que respeita em particular ao princípio *nullum crimen*, traduzindo-se as sanções penais numa restrição aos direitos individuais (*maxime*, a liberdade), o princípio da proporcionalidade *lato sensu*<sup>157</sup> há-de postular, não apenas que o “sacrifício” imposto, abstracto-legalmente, ao criminoso seja adequado, necessário e proporcionado (*stricto sensu*) à gravidade lesiva da respectiva actuação, mas, também, que o texto legislativo que opera essa restrição se revele, suficientemente, claro ou preciso, sob pena de não ser possível avaliar a observância do dito princípio jusconstitucional. Convém referir que a “Exposição de Motivos” respeitante à 3.ª alteração do Código Penal (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março) afirma expressamente: “Necessidade, proporcionalidade e adequação são os princípios orientadores que devem presidir à determinação da pena aplicável à violação de um bem jurídico fundamental<sup>158</sup>”. Em síntese, é a própria Constituição que se erige em “barreira” inultrapassável do cumprimento jurídico do princípio da legalidade criminal: constituindo este

<sup>155</sup> Citado em português a partir de WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Tradução da 11ª edição alemã por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 4ª edição. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 27.

<sup>156</sup> BRITO, José Sousa. “A lei penal na Constituição”. cit., p. 198.

<sup>157</sup> Cfr. art. 18º, n.º 2, CRP. Como é sabido, o princípio da proporcionalidade compreende três subprincípios: a) *adequação*, devendo a restrição imposta revelar-se idónea à salvaguarda do bem protegido; b) *necessidade*, exigindo-se que o fim visado não possa ser obtido por outros meios menos onerosos; c) *proporcionalidade*, sendo obrigatório acautelar um justo equilíbrio entre o sacrifício imposto e o benefício assegurado (cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada* – vol. I. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 392 e s.).

<sup>158</sup> Dec-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, “Exposição de Motivos”, & 3.

princípio em si mesmo uma “garantia”<sup>159</sup> do direito à liberdade, não apenas obriga o legislador a criminalizar somente as condutas que atentam contra bens jurídicos fundamentais<sup>160</sup>, como a considerar inválida toda e qualquer norma juspenal que não admita nenhuma interpretação que seja “conforme à Constituição”. Todavia, se, ao menos, uma interpretação se revelar constitucionalmente admissível, a norma em causa continuará em vigor, mas apenas com o sentido permitido *sub specie constitutionis*<sup>161</sup>.

Dentro destes parâmetros pré-metodológicos e tendo, agora, em consideração apenas a dimensão de certeza ou determinabilidade das leis penais, parece-nos exigível que, diminuindo, embora, a precisão da determinação legal ao aumentar a generalidade do regulado<sup>162</sup>, mesmo aí, na Parte Geral – onde, portanto, a indefinição semântica é maior - devam os perceitos juspenais permitir ainda uma conceptualização unívoca. Neste sentido e apenas neste sentido (i.é, como parte do processo metodológico de cumprimento prático-normativo do princípio *nullum crimen*) se poderá aceitar a “solução dogmática” proposta por Castanheira Neves quando refere que “(...) o que subsista de indeterminado na caracterização legal do tipo e se remeteria à concreta determinação da sua realização judicativo-decisória não deixa de conhecer no plano dogmático um outro modo de determinação que interpõe a possibilidade de um *contrôle* específico entre aquela caracterização e esta realização<sup>163</sup>”. Não está, porém, em causa um qualquer regresso à pretérita “Jurisprudência dos conceitos”, mas apenas a possibilidade de invocação em sede de interpretação jurídica de certos conteúdos normativos que a dogmática juspenal vem desenvolvendo e catalogando como conceitos jurídico-criminais, em ordem a

---

<sup>159</sup> O “garantismo” é uma corrente teórico-jurídica que adopta um certo modelo de direito assente na “garantia” dos direitos subjectivos (*maxime*, direitos fundamentais). Assim e segundo FERRAJOLI, Luigi. “Garantismo e direito penal”, em *Revista Julgar*, número especial, 2008, p. 51, fala-se em “*garantismo liberal*, e especificamente *penal*, para designar os mecanismos dirigidos à defesa dos direitos de liberdade, antes de todos o da liberdade pessoal, contra intervenções arbitrárias de carácter legal ou judicial”.

<sup>160</sup> Diz-nos a este respeito FERRAJOLI, Luigi. “Garantismo e direito penal”. cit., p. 60: “A incerteza jurídica, a incognoscibilidade e a irracionalidade do Direito Penal geradas pela inflação legislativa ofuscaram, de facto, as fronteiras entre a esfera do ilícito penal e a esfera do ilícito administrativo, e até do lícito, transformando o Direito Penal numa fonte obscura e imprevisível de perigos para qualquer cidadão, retirando-lhe a sua função simbólica de intervenção extrema contra as ofensas mais graves e oferecendo, por isso, o melhor terreno de cultura para a corrupção e o arbítrio”.

<sup>161</sup> Cfr. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., pp. 479 e ss.

<sup>162</sup> Esta é a regra geral enunciada por JAKOBS, Günther. *Derecho Penal (Parte General): Fundamentos y teoría de la imputación*. cit., p. 91.

<sup>163</sup> NEVES, A. Castanheira. “O princípio da legalidade criminal”. cit., pp. 469 e s.

uma melhor e mais definitiva fixação do conteúdo de sentido de um determinado texto legal. Nós também como Jhering acreditamos que “a vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida”<sup>164</sup>!

Em todo o caso, deve prevalecer em sede de interpretação das normas de direito penal o critério do “sentido literal possível”<sup>165</sup>. Como afirma categoricamente Larenz, “uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas modificação de sentido”<sup>166</sup>. É dizer que, recusando como dissemos já a essencial paridade analógica entre interpretação e caso decidendo, encontramos nas palavras escritas da lei um limite externo e objectivamente verificável à concreta realização jurisdicional: sendo inegável que “o sentido da lei apenas pode expressar-se através das palavras”<sup>167</sup>, devemos procurar em cada situação da vida *sub judicio* o sentido usual ou comum (por vezes, também o sentido técnico-jurídico) correspondente ao texto legal vendo-o como fronteira da interpretação permitida. Diz-se assim que “mediante a interpretação ‘faz-se falar’ este sentido, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado comunicável”<sup>168</sup>.

Todavia, sempre que a interpretação literal não nos permita atribuir ao texto da lei um sentido unívoco (o que se verifica, aliás, com certa frequência)<sup>169</sup>,

<sup>164</sup> Esta asserção - retirada do 4.º volume de *Geist des römischen Rechts* – inscreve-se na segunda fase do ensino de Jhering, quando este notável jusfilósofo alemão rejeita e critica uma percepção estritamente lógico-formal de o Direito abrindo caminho à chamada “Jurisprudência dos interesses”.

<sup>165</sup> O critério do “sentido literal possível” como limite entre interpretação permitida e analogia proibida é aceite pela generalidade dos penalistas: *vide*, por todos, JESCHECK, H.; WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. cit., pp. 169 e ss. É a chamada “teoria da alusão” (*Andeutungstheorie*) a que ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. cit., p. 146 se refere do seguinte modo: “A chamada ‘teoria da alusão’ reduz, na verdade, a importância do sentido literal, mas exige que este seja pelo menos respeitado como limite da interpretação: o sentido a obter através desta deve por qualquer forma ser ainda compatível com o ‘teor literal’ da lei, ter por qualquer modo ‘expressão’ na lei”.

<sup>166</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., p. 454. Também ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I*. cit., p. 149, sustenta: “Uma aplicação de o Direito à margem do quadro de regulamentação legal (*praeter legem*), ou seja, uma interpretação que não se encontre já coberta pelo sentido literal possível de em preceito penal, constitui uma analogia fundamentadora de uma pena e, portanto, inadmissível”.

<sup>167</sup> JESCHECK, H.; WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. cit., p. 170.

<sup>168</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., p. 441.

<sup>169</sup> Diz acertadamente LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., p. 451, que “a flexibilidade, a riqueza de cambiantes e a capacidade de adaptação da linguagem geral constituem ao mesmo tempo a sua força e a sua fraqueza, o que tem como consequência que do uso linguístico, apenas, se não obtém um sentido literal inequívoco”. De qualquer modo, quando nos referimos a este modo de interpretação *literal* incluímos aí a dimensão sistemática: isto é, todo o contexto significativo em que a norma interpretanda está inserida (proposições jurídicas complementares, concordância objectiva entre disposições legais singulares, etc.). Como em qualquer discurso escrito, o sentido *possível* de um termo ou de uma proposição é, também ou sobretudo, função da sua conexão lógica com outros termos ou proposições do mesmo discurso. Precisamente por esta

devemos procurá-lo na vontade do legislador histórico (elemento histórico-subjectivo) adaptada se necessário às alterações circunstanciais ocorridas desde o início de vigência da lei<sup>170</sup>. Nessa eventual adequação semântica é determinante a consideração objectiva dos fins ou valores juridicamente perseguidos (elemento teleológico-objectivo). Têm, pois, razão Jescheck e Weigend quando afirmam que “o procedimento interpretativo surge coroado pelo método teleológico porque só ele contribui imediatamente para o verdadeiro objectivo de toda a interpretação que é o de evidenciar os pontos de vista finalísticos e valorativos a partir dos quais se desenvolve, em última instância, o sentido legal decisivo<sup>171</sup>”. Opta-se, assim, na interpretação do pensamento inscrito nas leis penais por uma orientação metodológica que sem desrespeitar os limites impostos pelo teor verbal atribui relevância decisiva a critérios objectivo-actualistas<sup>172</sup>.

Dir-se-á, contudo, que os critérios de justiça material poderão obrigar a que se vá para além do teor literal sacrificando a segurança jurídica na ara de uma solução axiológico-materialmente mais adequada a uma determinada situação da vida. Todavia, se aceitamos que especiais exigências de justiça material possam

---

razão, diz-se frequentemente que uma determinada palavra não tem o sentido que lhe é atribuído porque foi extrapolada do respectivo contexto

<sup>170</sup> Para K. Larenz o sentido normativo da lei está preso à origem histórica desta: “a interpretação não deve descurar a intenção reguladora cognoscível e as decisões valorativas do legislador histórico subjacentes à regulação legal (...). Se assim fizesse, deixaria de se poder falar de ‘interpretação’, mas apenas de ‘mistificação’. A vinculação constitucional do juiz à lei, que significa a supremacia do poder legislativo face aos outros ‘poderes’ no processo de criação do Direito (...) não teria então significado. Neste ponto entrecruzam-se considerações metodológicas e jurídico-constitucionais” (*Metodologia da ciência do direito*. cit., p. 448).

<sup>171</sup> Citado em português a partir de JESCHECK, H.; WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. cit., p. 166.

<sup>172</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. cit., pp. 172 e ss. retrata perfeitamente esta orientação objectivo-actualista: “Com o acto legislativo (...) a lei desprende-se do seu autor e adquire uma existência objectiva. O autor desempenhou o seu papel, agora desaparece e apaga-se por detrás da sua obra. A obra é o texto da lei, a ‘vontade da lei tornada palavra’, o ‘possível e efectivo conteúdo de pensamento das palavras da lei’. Este conteúdo de pensamento e de vontade imanente à lei é de futuro o único decisivo”. Contudo, recorda: “A própria lei e o seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer facto histórico passado (‘eternamente quieto permanece o passado’), mas são algo de vivo e de mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação”. Concluindo: “Fidelidade à situação presente, interpretação de acordo com a época actual, tal a tarefa do jurista. A sua mirada não vai dirigida para o passado (*interpretatio ex tunc*), mas para o presente e o futuro (*interpretatio ex nunc*)”. Por outro lado, afirma o mesmo Autor, *ibidem*, pp. 183 e s. que devemos ter bem presente “que somente uma tomada de posição bem fundamentada a propósito da pendência entre as teorias relativas ao escopo próprio da interpretação nos permitirá operar frutuosamente com os tradicionais métodos interpretativos (interpretação gramatical, sistemática e teleológica). (...) Ainda que a resposta nos acarrete novas dificuldades e continue a ser duvidosa, a questão todavia é claramente impostada e o método da resposta é seguro. De conformidade com isto, fala-se também de um modo de interpretação gramatical-subjectivo ou gramatical-objectivo e teleológico-subjectivo ou teleológico-objectivo, reconduzindo a uma unidade escopo interpretativo e processo de interpretação”.

servir de limite à punição de casos que num mero processo de subsunção ainda caberiam se bem que marginalmente no teor literal do tipo (interpretação restritiva<sup>173</sup>), já nos recusamos a admitir que em nome de uma decisão materialmente mais adequada às especificidades da situação *sub judice* se destruam as barreiras impostas pelo tipo formal. Afinal, não haverá justiça numa solução contrária à garantia que o princípio da legalidade criminal confere à descrição típica da conduta proibida<sup>174</sup>.

Todavia, não deixa de ser, pelo menos, curiosa – mas, a nosso ver, constitucionalmente criticável (no plano do direito constituído, já não *de iure constituendo*) à luz dos princípios da igualdade e da proibição de retroactividade das leis penais (cfr., respectivamente, arts. 14.º e 25.º, n.º 1, da Constituição espanhola) - a solução encontrada no Código Penal espanhol que, após estabelecer que “as leis penais não são aplicáveis a casos distintos daqueles que elas expressamente prevêm”, estatui: “Na hipótese de um Juiz ou Tribunal, no exercício da sua jurisdição, se deparar com alguma acção ou omissão que, não sendo punível por lei, considere dever ser sancionada, abster-se-á de a julgar e exporá ao Governo os motivos em que se baseia para sustentar que ela deveria ser

<sup>173</sup> Diz BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal – vol. I*. 2.ª edição. Lisboa: aafdl, 1984, p. 413: “Se o sentido lógico da lei ultrapassa o sentido gramatical, isso significa fazer-se interpretação extensiva; se são idênticos, significa uma interpretação declarativa; se o sentido lógico é mais restrito que o sentido gramatical, isso é fazer uma interpretação restritiva”. Tendo por referência a vontade do legislador histórico (“teoria subjectivista”), ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. cit., p. 195, recupera a concepção de Savigny, afirmando. “Duma forma clara e bela disse já SAVIGNY no seu *System* (§ 37) que a distinção entre interpretação extensiva e restritiva se refere apenas ‘à relação lógica da expressão com o pensamento, na medida em que aquela pode ter um conteúdo menor ou maior do que este’. ‘No primeiro caso a correcção da expressão realiza-se através de uma interpretação extensiva, no segundo através de uma interpretação restritiva. Ambas se propõem simplesmente fazer coincidir a expressão com o pensamento efectivo (*scl.* do legislador)’”. Já K. Larenz, partindo de uma compreensão objectivista do sentido da lei, observa: “De entre os diferentes significados há-de denominar-se de ‘estrito’ aquele que, em relação a outros possíveis, tem um âmbito de aplicação estrito; e ‘amplo’ aquele que tem um âmbito de aplicação mais amplo”. Assim sendo, “o transcender da franja marginal, concebida de modo tão amplo quanto possível, já não seria interpretação, tal como o não seria a exclusão daqueles fenómenos que indubitavelmente se situam no âmbito nuclear. No primeiro caso só se poderia tratar de uma analogia; no segundo, de uma redução teleológica da lei” (*Metodologia da ciência do direito*. cit., pp. 500 e s.).

<sup>174</sup> Neste exacto sentido, GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. *La autoría en derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991, pp. 278 e s. Recusamos, portanto, para o direito penal o entendimento sustentado por um certo sector do pensamento jurídico contemporâneo - com largo eco na prática jurisprudencial -, segundo o qual à luz do princípio *cessante ratione legis, cessat lex ipsa* deve importar mais o fim e a razão de ser da lei (*ratio legis*) que o respectivo sentido literal (*vide* a este respeito ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. cit., pp. 146 e s.). Pelo contrário, uma interpretação conforme à *ratio legis* só será admissível, caso se inscreva ainda no “espaço” cognitivo delimitado pelo sentido literal (aí se incluindo o respectivo contexto significativo) da norma interpretanda (assim, também LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., pp. 450 e ss.).

objecto de sanção penal”. Acrescentando-se ainda: “De igual modo recorrerá ao Governo expondo o que lhe parecer adequado sobre a revogação ou alteração do preceito legal ou a concessão de indulto, sem prejuízo da execução imediata da sentença, quando da estrita aplicação das disposições legais resulte a punição de uma acção ou omissão que, no entendimento do Juiz ou Tribunal, não deveria verificar-se, ou quando a pena seja manifestamente excessiva, tendo em consideração o mal causado pela infracção e as circunstâncias pessoais do arguido” (respectivamente, ns.º 1, 2 e 3, art. 4.º, da Lei Orgânica 10/1995, de 23 de Novembro, do Código Penal).

Em suma: estando o legislador penal ontologicamente vinculado a uma certa estrutura lógico-material da acção humana que o obriga a considerar a vertente objectiva e subjectiva do facto punível, deve ele nessa incriminação orientar-se pelo princípio da necessidade ou do mínimo (“só serão legítimos os impedimentos de realização que se reconheçam como indispensáveis condições de realização de todos<sup>175</sup>”) que é um postulado do respeito devido à dignidade da pessoa humana. Também o sentido decisivo da norma interpretanda que fundamentará a decisão judiciária do caso em análise deve ser determinado dentro dos limites impostos pelos usos da linguagem naquela concreta situação da vida, mas atendendo, em última instância, aos fins ou valores juridicamente tutelados. É dizer que prevalecerá a interpretação dita “declarativa” sem prejuízo da “interpretação restritiva” sempre que a justiça do caso concreto a exija, valendo apenas a “interpretação extensiva” até onde o pensamento legislativo ainda que imperfeitamente expresso tenha um mínimo de correspondência com as palavras da lei (cfr. art. 9.º, n.º 2, do Código Civil)<sup>176</sup>. Finalmente, subsistindo alguma

---

<sup>175</sup> NEVES, A. Castanheira. “O princípio da legalidade criminal”. cit., p. 416.

<sup>176</sup> Assim, também NEVES, João Castro. Ns.º 4.6.4.1. a 4.6.4.6. (*maxime*, pp. 425 e ss.), em BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal – vol. I*. cit. Afasta-se, portanto, o entendimento segundo o qual o artigo 9.º, n.º 2, CC, prescreve que, estando embora o pensamento legislativo “imperfeitamente expresso”, ainda é possível resgatá-lo, indo se necessário para além ou até contra o teor literal da lei. É dizer que *ex vi* o artigo em causa o critério último decisivo, não é o pensamento legislativo, mas o sentido literal possível (“que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal”). Ainda a respeito do artigo 9.º, do Código Civil, diz MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – Tomo II*. 6.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 311, que “regras sobre estas matérias podem considerar-se substancialmente constitucionais, não repugnando mesmo vê-las dotadas do valor de costume constitucional (*praeter legem*)”. Confirmando de algum modo este alcance transversal a toda a ordem jurídica do supracitado artigo do CC, são vários os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça que se servem dos critérios aí enunciados na interpretação de leis em matéria penal: *vide*, por todos, o Acórdão do STJ, de 9-5-2001, em *Colecção de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Coimbra: Casa do Juiz, Ano IX (2001), Tomo II, pp. 184 e ss.

indeterminação deverá ela ser resolvida mediante a invocação do correspondente conceito jurídico-penal.

Se findo este procedimento metodológico existirem dois ou mais sentidos ainda elegíveis deverá atribuir-se preferência ao que se revelar concretamente mais favorável ao arguido; sendo esses sentidos axiologicamente irrelevantes o intérprete poderá adoptar qualquer deles, sem prejuízo de se concluir pela irremediável inconstitucionalidade da norma juspenal em causa por violação do princípio da legalidade criminal, na sua dimensão de determinabilidade ou certeza do respectivo conteúdo prescritivo.

Diga-se ainda e para encerrar a discussão desta questão que o critério de interpretação das leis penais que acolhemos encontrará também fundamento na própria Constituição. Assim, se no caso da conduta criminosa, por acção ou omissão, o art. 29.º, n.º 1, CRP, delimita a respectiva punição por referência a um conteúdo de sentido declarativo [“Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que *declare* (o “itálico” é nosso) punível a acção ou a omissão (...)”], já a propósito das penas o art. 29.º, n.º 3, CRP, é ainda mais claro impondo a sua cominação expressa: [“Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam *expressamente* (o “itálico” é nosso) cominadas em lei anterior”].



*Parte Segunda*

**HISTÓRIA DOGMÁTICO-LEGISLATIVA**

**DE O**

**“CONCEITO LEGAL DE AUTORIA”**



## I

### CÓDIGO PENAL DE 1886

#### I.1. Breve excurso histórico sobre os antecedentes legislativos do Código Penal de 1886

Diz-se no Relatório da Comissão, datado de 20 de Outubro de 1861 e que precede o Projeto do mesmo ano de Reforma do Código Penal de 1852, que as alterações legislativas são necessárias “(...) porque a lei penal, que, considerada na sua substancia, deve ser uma derivação da lei moral, na sua applicação à sociedade, que incessantemente se modifica, é essencialmente progressiva, e vae-se formando successivamente de todos os elementos da vida social<sup>177</sup>”. Em todo o caso, não deixa de ser incomum a reação adversa suscitada pela entrada em vigor do Código de 52 que revoga, na parte criminal, as velhas ordenações filipinas (Livro V), que regeram a nossa sociedade desde os inícios do século XVII<sup>178</sup>, na medida em que essa reação é imediata e manifesta-se um pouco por toda o lado: na universidade, na imprensa, nos tribunais, no parlamento, etc. Porventura, a explicação estará na oposição contundente que lhe é feita pelos dois principais criminalistas portugueses daquela época - Levy Maria Jordão e Francisco António da Silva Ferrão<sup>179</sup> -, que se soma à impressão generalizada de uma excessiva severidade<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> “Código Penal Portuguez: Relatório da Comissão – tomo I”. Lisboa: Imprensa Nacional, 1861, Capítulo II, p. 12. Disponível em [www.fd.unl.pt](http://www.fd.unl.pt) (Biblioteca Digital).

<sup>178</sup> Por decreto de 4 de Janeiro de 1837, foi aprovado o Projecto de José Manuel da Veiga de um novo Código Criminal. Todavia, não tendo sido integralmente publicado, como se ordenara no referido decreto, o Código de 1837 nunca entrou em vigor. Anteriormente merece, também, uma referência especial o projeto de Melo Freire (1789) que reflete a influência do pensamento iluminista de Beccaria mas não chegou a transformar-se em lei, tendo sido, aliás, impresso apenas em 1823.

<sup>179</sup> Cfr. HESPAÑA, António Manuel. “O direito penal e o seu ensino...”. cit., pp. 18 e s. Diz CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – vol I*. Reimpressão com a colaboração de Figueiredo Dias.

Assim, por decreto de 6 de Junho de 1853 é nomeada uma Comissão encarregada de rever o Código Penal publicado no ano anterior, e de que é secretário e relator Levy M. Jordão. Deve-se, pois, a este penalista o sobredito Relatório que constitui “um verdadeiro tratado de sciencia penal, unanimemente elogiado no estrangeiro e reputado como o repositório das ideias mais adiantadas e das theorias penaes mais aperfeiçoadas da epoca<sup>181</sup>”. Em 7 de Dezembro de 1861, o presidente da Comissão apresenta ao Governo o projeto completo de um novo Código Penal, sugerindo-se que, no caso de o projeto vir a ser convertido em lei, se adopte a designação *Código de D. Pedro V* “em homenagem de gratidão e saúde ao rei bem-amado, pouco antes fallecido (...), que tanto se empenhara pelo acabamento desse código e tanto trabalhara para que nelle fossem consignados os principios eternos da natureza, da justiça e da humanidade<sup>182</sup>”.

Porém, o projeto não chegou sequer a ser discutido nas Cortes (assembleia parlamentar)<sup>183</sup>. De qualquer modo, estão nele consagrados diversos institutos jurídico-penais, verdadeiramente, inovadores<sup>184</sup>, sendo que alguns deles (os referentes às penas e execução prisional) deram origem à Reforma penal de 1867. Efetivamente, esta Reforma positivada na lei de 1 de Julho de 1867 recupera a concepção “correcionalista” de Levy Jordão<sup>185</sup> inspirada nos seus ideais humanistas e progressistas: assim, é abolida a pena de morte para os crimes civis<sup>186</sup>

---

Coimbra: Almedina, 2007, p. 109, numa apreciação sumária às críticas de Levy Jordão e Silva Ferrão, que “o Código de 52 nasceu já velho”.

<sup>180</sup> Diz VAZ, Lopo. “Relatório da proposta de lei da nova reforma penal”, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 18.º Ano (1885 a 1886), pp. 257 e s.: “O nosso Código penal é severo, é por vezes draconiano, e todavia foi promulgado para vigorar em um paiz de costumes doces, de indole branda e de espirito bemfazejo e misericordioso”.

<sup>181</sup> SILVA, Antonio Henriques. *Elementos da Sociologia Criminal e Direito Penal*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1905, Fascículo II, Capítulo II, p. 74. Disponível em [www.fd.unl.pt](http://www.fd.unl.pt) (Biblioteca Digital).

<sup>182</sup> SILVA, Antonio Henriques. *Elementos da Sociologia...cit.*, pp. 74 e s.

<sup>183</sup> Diz José Luciano de Castro, uma das principais figuras políticas das últimas décadas da Monarquia Constitucional, referindo-se ao Projeto de 1861: “O projecto, apesar de louvado por nacionaes e estrangeiros, lá jaz esquecido e desamparado nos archivos parlamentares” (“Diário da camara dos deputados”, 1870, pp. 452 e s., *apud* SILVA, Antonio Henriques. *Elementos da Sociologia...cit.*, p. 93).

<sup>184</sup> Servem de exemplo a liberdade condicional, a detenção suplementar, o patronato, as colónias para menores, etc.

<sup>185</sup> Denotando a clara influência de Roeder (filósofo alemão da escola de Krause), Jordão sustenta que o fim principal das penas é a correção moral do criminoso, sendo a intimidação social um simples efeito dos meios sancionatórios empregados na prossecução daquele fim.

<sup>186</sup> A pena de morte para os crimes políticos fora já abolida em 1852. Entretanto e no que respeita à Lei de 1867, não tendo sido publicada nos boletins oficiais do Ultramar, nem referendada pelo ministro da Marinha, a extinção da pena de morte para os crimes civis aí prevista só passa a vigorar nas províncias ultramarinas por força do decreto de 9 de Junho de 1870, editado durante o governo ditatorial de Saldanha.

reconhecendo-se a cada cidadão - fazendo nossas as celebradas palavras de Miguel Torga – “o direito de morrer a sua própria morte<sup>187</sup>”; supprime-se a pena de trabalhos públicos, por ser humilhante para o criminoso prejudicando a sua regeneração (“sendo o seu trabalho identico ao de um escravo<sup>188</sup>”), além de inócua em termos de intimidação geral dadas as especiais circunstâncias do seu cumprimento no nosso país (“nas cadeias, sem trabalho, ou nas obras publicas e municipaes<sup>189</sup>”); converte-se o “degredo” em pena complementar, sustentando-se, porém, que, não sendo já esta pena defensável face aos atuais princípios da ciência penal, apenas se mantém em virtude de constituir um necessário “meio de colonização”; altera-se a escala das penas no sentido da sua suavização<sup>190</sup>; consagra-se um sistema penitenciário que, afastando-se do sistema de Auburn (que admite a comunicação de dia entre presos, considerada pelo legislador contrária à função educativa das penas, sobretudo, porque esse sistema proporciona aos reclusos relações que mais tarde poderão ser-lhes prejudiciais), também não adere ao sistema de Filadélfia puro ou de isolamento absoluto, na medida em que “para lhe incutir confiança e para o chamar à regeneração<sup>191</sup>” permite-se que o condenado receba as visitas dos parentes e amigos.

Sendo manifestas, por um lado, a desadequação do Código Penal de 1852 (que ainda estava em vigor) às realidades contemporâneas (“o que explicava a frequencia das decisões absolutórias dos jurados, que frequentemente negavam a criminalidade evidente dos réus, ou admittiam a existencia de circunstancias attenuantes, desnaturando assim o crime<sup>192</sup>”) e, por outro, a desarmonia entre aquele Código e a Reforma penal de 1867, procede-se, por iniciativa de Lopo Vaz (ministro da Justiça no executivo de Fontes Pereira de Melo), a uma ampla revisão

---

<sup>187</sup> TORGA, Miguel. “Pena de Morte”, em *Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1967 (disponível em [www.oa.pt](http://www.oa.pt); consultado em 05-05-2011). Já em 1764, BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. cit., pp. 81 e ss., afirmara: “Quem quis deixar ao arbítrio dos outros homens o direito de fazê-lo morrer? (...) Parece um absurdo que as leis, isto é, a expressão da vontade pública, que censuram e castigam o homicídio, o cometam elas próprias, e que para afastar os cidadãos da intenção de matar ordenem um assassinato público”.

<sup>188</sup> Assim, SILVA, Antonio Henriques. *Elementos da Sociologia...*cit., p. 96.

<sup>189</sup> SILVA, Antonio Henriques. *Elementos da Sociologia...*cit., p. 96.

<sup>190</sup> Lamentavelmente mas como ainda hoje frequentemente se verifica, muitas destas medidas legislativas respeitantes à atenuação das penas não foram aplicadas em virtude de “as circunstancias do thesouro não permittirem a construcção de prisões, conforme as indicações da sciencia e as necessidades da administração da justiça” (vide SILVA, Antonio Henriques. *Elementos da Sociologia...*cit., p. 100).

<sup>191</sup> SILVA, Antonio Henriques. *Elementos da Sociologia...*cit., p. 98.

<sup>192</sup> SILVA, Antonio Henriques. *Elementos da Sociologia...*cit., p. 108.

legislativa, promulgada pela carta de lei de 14 de Junho de 1884<sup>193</sup>, cujo artigo 5º autoriza o Governo a publicar um novo Código Penal. Tendo sido nomeada uma comissão para a execução dessa tarefa, o Código Penal de 1886 é, finalmente, aprovado por decreto de 16 de Setembro de 1886, publicado no Diário do Governo, de 20 de Setembro do mesmo ano<sup>194</sup>.

## I.2. Teoria da cumplicidade

Estatui o artigo 1.º do Código Penal de 1886 que “crime ou delicto é o facto voluntário declarado punível pela lei penal”. É dizer que estamos perante um ato voluntário ou culposos que atenta contra a ordem racional do Estado (direito penal da vontade). Nisto consistirá o fundamento do direito de punir que se identifica com o próprio fim do Estado no sentido que cabe a este restaurar a legalidade violada pelo crime. Segundo Levy Jordão, “o crime (...) ataca o estado de direito pelo damno resultante ao ofendido, pelo alarma causado à sociedade, e pela destruição da harmonia do próprio violador como membro do corpo social<sup>195</sup>”.

Por outro lado e antes da afirmação nos finais da primeira metade do século passado de uma teoria geral da infracção criminal “como método de aplicação do Direito Penal aos casos concretos<sup>196</sup>”, prevalece entre nós uma visão utilitarista ou pragmática do direito penal. Diz a este respeito Fernanda Palma: “este pragmatismo português (...) parece exprimir um traço do carácter nacional, caracterizado pela moderação e pelo realismo em face de concepções teóricas radicais (assim, a retribuição pura não obteve consagração legislativa na própria Nova Reforma Penal de 1884). Provavelmente, tal pragmatismo tem origem num pensamento penal esculpido pela necessidade legislativa<sup>197</sup>”.

Por último, aos princípios fundados nos fins racionais do Estado e na

<sup>193</sup> Sob o título *Nova Reforma Penal*, há uma versão “digitalizada” desta Lei em [www.fd.unl.pt](http://www.fd.unl.pt) (Biblioteca Digital).

<sup>194</sup> Existe uma versão “digitalizada” deste Código em [www.fd.unl.pt](http://www.fd.unl.pt) (Biblioteca Digital).

<sup>195</sup> “Codigo Penal Portuguez: Relatorio da Comissão – tomo I. cit., p. 22.

<sup>196</sup> Segundo PALMA, Maria Fernanda. “Do sentido histórico do ensino do direito penal na universidade portuguesa à actual questão metodológica”. cit., p. 398, “é indiscutivelmente CAVALEIRO DE FERREIRA quem introduz no ensino e no pensamento penal português a centralidade da teoria geral da infracção como método de aplicação do Direito Penal aos casos concretos”.

<sup>197</sup> PALMA, Maria Fernanda. “Do sentido histórico do ensino do direito penal na universidade portuguesa à actual questão metodológica”. cit., p. 376.

prevenção criminal soma-se uma ideia de justiça moral em que, na expressão paradigmática de Savigny aproveitada por Levy M. Jordão, “a vontade humana imita a lei da expiação moral que paira n’uma região mais elevada<sup>198</sup>”. Assim, “da fusão, ou melhor da combinação d’estes tres principios, nasceu a verdadeira theoria da criminalidade, que toma a *intenção* como base fundamental do delicto, e o mal exterior, o damno material, como medida da pena<sup>199</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

Este é o quadro político-criminal que serve de “pano de fundo” à chamada “theoria da cumplicidade”, considerada por Sousa Pinto “uma das materias mais espinhosas do Direito Criminal<sup>200</sup>”. Consistindo a cumplicidade *lato sensu* na “participação de dois ou mais agentes no mesmo delicto<sup>201</sup>”, compreende esse conceito tanto a cumplicidade *stricto sensu* ou participação secundária como a participação principal ou autoria. Há, porém, quem designe ainda por cumplicidade a chamada “cumplicidade por adherencia<sup>202</sup>”: são aderentes “os que, não cooperando, (...) em certo modo tomam sobre si a responsabilidade do delicto<sup>203</sup>”.

No que respeita a estes últimos, o Código Penal de 1886 designa-os por “encobridores”, considerando-os a par dos autores e cúmplices como “agentes do crime” (art. 19.º) e discriminando no artigo 23.º as diversas espécies de encobridores<sup>204</sup>. Assim, “os encobridores cometem um crime que, pelo menos em certos casos, deve estar na dependência da acção do autor principal, e como tal a

<sup>198</sup> “Codigo Penal Portuguez: Relatorio da Comissão – tomo I”. cit., p. 23 e s.

<sup>199</sup> “Codigo Penal Portuguez: Relatorio da Comissão – tomo I”. cit., p. 25. Também DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA, António M. Almeida. “La reforme pénale portugaise”, em *Revue de Droit Penal et de Criminologie* (separata), Janeiro 1985, p. 9, afirmam: “Contrastando com o reforço dos postulados ético-retributivos, que é uma característica dos finais do século passado e resulta ainda em larga medida da influência do pensamento neo-hegeliano, a *Nova Reforma Penal de 1884* incorporava um ponto de vista ‘eclectico’ no que respeita aos fundamentos do direito de punir. Adoptando a *Teoria da reparação moral* de Welcker, estabelecia-se um equilíbrio, em sede de finalidades da pena, entre a *retribuição*, a *prevenção geral* e a *prevenção especial*. Dentro dos limites de uma ‘pena da culpa’, era-se obrigado a satisfazer, quer às exigências de intimidação individual e colectiva, quer às necessidades de reinserção social dos delinquentes” (citado em português respeitando os grifos dos Autores).

<sup>200</sup> PINTO, Basílio Sousa. *Lições de Direito Criminal Portuguez*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1861, p. 80. Disponível em [www.fd.unl.pt](http://www.fd.unl.pt) (Biblioteca Digital).

<sup>201</sup> SECCO, Antonio Luiz Henriques. “Theoria da Cumplicidade”, em *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, ns.º 400 a 402 e 417 a 419, 1876; n.º 400 (25 de março de 1876), p. 561. Disponível em [www.fd.unl.pt](http://www.fd.unl.pt) (Biblioteca Digital).

<sup>202</sup> Assim, SECCO, Antonio Luiz Henriques. “Theoria da Cumplicidade”. cit., n.º 402 (15 de abril de 1876), p. 594.

<sup>203</sup> SECCO, Antonio Luiz Henriques. “Theoria da Cumplicidade”. cit., n.º 401 (8 de abril de 1876), p. 577.

<sup>204</sup> De notar que o Código de 1852 não inclui os aderentes ou encobridores no número dos participantes do crime, limitando-se a incriminar o respectivo comportamento relativamente a certos e determinados crimes (v.g., ocultação de coisas furtadas, auxílio prestado ao criminoso para que se aproveite delas, assim como ocultação ou destruição de objectos, ou instrumentos, que serviram à prática do furto, arts. 463.º e s.).

sua actividade deve constituir efectivamente, segundo a opinião de Beling, uma autoria posterior<sup>205</sup>”.

Da análise do sobredito artigo 23.º conclui-se que os respectivos agentes violam o princípio da solidariedade defensiva da sociedade, expressamente previsto no artigo 8.º do Projecto de 1861, mas que não consta do novo Código<sup>206</sup>. Efectivamente, será punido como encobridor a pessoa que após a prática do crime favorece pessoal e/ou realmente o(s) respectivo(s) autor(es) contribuindo para a sua impunidade (art. 23.º, ns.º 1, 2, 3 e 4, CP) e/ou assegurando as vantagens materiais do ilícito (art. 23.º, nº 4, CP).

Se compararmos a disciplina prevista no art. 51.º do Projecto de 1861 respeitante aos “aderentes” e a consagrada no art. 23.º do Código de 1886 relativa aos “encobridores”, poder-se-á concluir que, aparentemente, aquelas duas figuras jurídico-penais não são fungíveis, na medida em que, diferentemente dos aderentes cuja intervenção pode ocorrer ainda quando o delito não está consumado (v.g., se, podendo, sem perigo, auxiliar e defender a vítima no momento da infracção, ou chamar em seu auxílio a autoridade ou outros cidadãos, não o fazem, cfr. art. 51.º, nº 6, ProjCP), a actuação dos encobridores será sempre posterior à prática do facto principal. Daí não existir no Código um preceito idêntico ao do art. 52.º, 1ª parte, ProjCP, em conformidade com o qual se faz depender a punibilidade da aderência da consumação do crime a que ela directamente respeita. Todavia, o Projecto isenta de responsabilidade penal determinadas pessoas, designadamente os cônjuges, ascendentes, descendentes e irmãos (art. 52.º, nº 1, ProjCP). Já o Código não as considera, pura e simplesmente, “encobridores”, salvo havendo favorecimento real (receptação) ou ter sido o facto praticado no exercício de certas funções e por causa desse exercício (art. 23.º, parág. único, CP). Comenta Henriques Secco: “quem se não revoltaria contra o pai e filho, os conjuges e irmãos, que um ao outro se não

<sup>205</sup> FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Da participação criminosa*. cit., pp. 55 e s.

<sup>206</sup> Segundo o art. 8.º do Projecto de 1861, “todo o individuo é obrigado a prevenir e impedir os crimes e delictos, a cooperar para a sua prova, a concorrer para o seu descobrimento e de seus agentes, e a não fazer cousa que favoreça, auxilie ou contribua para a sua impunidade, sob pena de ser considerado adherente”. Em parágrafo único, acrescenta-se: “a lei só admite excepção a este princípio de ordem publica nos casos por ella especialmente previstos”. Por sua vez, VAZ, Lopo. “Relatório da proposta de lei da nova reforma penal”. cit., p. 290 afirma que a responsabilidade criminal dos encobridores “funda-se nos justos principios da moralidade publica, do respeito pelo direito alheio, ou seja relativo às pessoas, ou às cousas, e finalmente da solidariedade defensiva entre todos os membros da sociedade civil e politica”.



prestassem gazalhado? E as leis interessam em não quebrar estes sagrados deveres moraes, mais fortes que as suas proprias sancções!<sup>207</sup>”.

Trata-se, em suma, nos casos de encobrimento, real e pessoal, de comportamentos que são hoje incriminados autonomamente na Parte especial, constituindo, respectivamente, os crimes de receptação (arts. 231.º a 233.º, do actual CP) e de favorecimento pessoal (arts. 367.º e 368.º, do actual CP). É que à luz do direito penal vigente “não parece poder haver, por não ser normativamente adequada, nem em rigor facticamente pensável, uma comparticipação *ex post facto*, isto é, depois do facto ter sido cometido e o tipo de crime realizado<sup>208</sup>”.

De acordo com os ensinamentos dos “tratadistas” oitocentistas<sup>209</sup>, a “cumplicidade real” distingue-se da “presumida”, assim como da “especial ou posterior”: estas duas últimas espécies de cumplicidade dizem respeito à aderência ou encobrimento, referindo-se a primeira delas ao carácter apenas presumível da associação entre os criminosos (é dizer que não se exige, contrariamente ao que, por regra, ocorre na autoria e cumplicidade, um acordo – expresso ou tácito – anterior ou simultâneo à execução do crime), a segunda à circunstância de derivar de factos posteriores ao delito.

Diversamente, a “cumplicidade real” resulta de factos de cooperação efectiva. De entre as várias modalidades de “cumplicidade real”, convém destacar a “participação moral” que se verifica sempre que alguém toma parte no delito empregando apenas meios intelectuais ou morais: conselho, persuasão, instigação, promessa, etc. Opõe-se, portanto, à “participação moral e physica”, consistindo esta outra na prestação de actos físicos ou materiais, preparatórios, constitutivos ou auxiliares do crime. Finalmente, a cumplicidade real pode efectivar-se por “associação anterior ou expressa” ou “associação instantanea ou tacita”, conforme o respectivo acordo criminoso preceda a execução do facto ou se constitua espontaneamente no decurso dessa execução.

---

<sup>207</sup> SECCO, Antonio Luiz Henriques. “Theoria da Cumplicidade”. cit., n.º 418 (6 de maio de 1876), p. 18.

<sup>208</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. cit., p. 758.

<sup>209</sup> Segue-se de perto o ensino de SECCO, Antonio Henriques. “Theoria da Cumplicidade”. cit., n.º 400, p. 562. Em nota prévia, a redacção da Revista de Legislação e de Jurisprudência, recordando que “é assaz conhecida de quem estudou direito criminal a falta de um livro, que exponha succintamente, com clareza, systema e methodo, os principios elementares deste direito”, saúda e regozija-se com a publicação naquela Revista de alguns capítulos da novíssima obra do Autor – *Compendio de direito criminal portuguez* -, que vem, assim, preencher uma importante lacuna na nossa literatura juspenalista (vide RLJ, n.º 222, pp. 209 e s.).

Por outro lado, tendo, agora, em consideração os “co-autores por cumplicidade, ou melhor cúmplices no sentido lato” (isto é, aquilo que nós hoje designaríamos por “comparticipação criminosa”), sustenta-se que a distinção entre “delinquentes imediatos, principais cúmplices, ou melhor, auctores do delicto” e “cúmplices accessorios, cúmplices secundarios, auxiliares do delicto, ou antes, cúmplices propriamente taes” satisfaz um princípio de Justiça e Jurisprudência Criminal: diz Sousa Pinto que “a pena deve ser imposta aos criminosos segundo a *culpabilidade relativa*”; donde que, sendo distinta a criminalidade de autores e cúmplices, importe “averiguar a parte que cada um dos delinquentes teve no delicto, para se lhe applicar a pena em justa proporção<sup>210</sup>” (o “itálico” é nosso).

Porém, como definir, rigorosa e concretamente, uns e outros ?

### I.2.1. Autor e espécies de autor

A matéria da comparticipação criminosa é disciplinada, pela primeira vez<sup>211</sup>, nos artigos 25.º e ss. do Código Penal de 1852. Faz-se aí a distinção entre autores e cúmplices, sendo as várias espécies de autor descritas no art. 25.º, e de cúmplice no art. 26.º. Também o Código Penal de 1886 (que insere no seu normativo as disposições constantes da Lei de Reforma de 1884) regula no Capítulo III (“Dos agentes do crime”), do Título I (“Dos crimes em geral e dos criminosos”), do Livro Primeiro (“Disposições gerais”), para além do encobrimento (art. 23.º), a autoria (arts. 20.º e s.) e a cumplicidade (art. 22.º).

Nas palavras de Sousa Pinto, são autores “aquelles que concorrem para o delicto de tal modo, que sem a sua acção elle se não perpetraria<sup>212</sup>”. De modo semelhante, Henriques Secco define o autor como “a causa primaria, geradora ou efficiente do delicto<sup>213</sup>”. Está, pois, implícita uma ideia de causalidade necessária que numa perspectiva dogmática tem servido de fundamento a um conceito alargado de autoria. Convém, porém, confrontar esta posição doutrinária dos nossos

<sup>210</sup> PINTO, Basílio Sousa. *Lições de Direito Criminal Portuguez*. cit., p.80.

<sup>211</sup> Em bom rigor, foi no Código Penal de 1837 (art. 72.º e s.) que, na esteira do ensino de Mello Freire, se estabeleceram as primeiras regras distinguindo os “agressores” dos “socios”. Todavia, com se disse já em nota de rodapé anterior (n.º 145), aquele Código não chegou a entrar em vigor.

<sup>212</sup> PINTO, Basílio Sousa. *Lições de Direito Criminal Portuguez*. cit., p. 84.

<sup>213</sup> SECCO, Antonio Luiz Henriques. “Theoria da Cumplicidade”. cit., n.º 401 (8 de abril de 1876), p. 577.

dois penalistas com o direito positivado no Código de 1886 mediante a análise das diversas espécies de autoria aí previstas.

Assim e em conformidade com o art. 20.º, CP, “São autores:

“1.º Os que executam o crime, ou tomam parte directa na sua execução; (...)”.

O Código não define a execução (ou os actos constitutivos da execução). Efectivamente, estatui apenas que “são actos preparatórios os actos externos conducentes a facilitar ou preparar a execução do crime, que não constituem ainda começo de execução<sup>214</sup>” (art. 14.º, 1ª parte). Se no que respeita aos crimes de execução vinculada a própria descrição legal da conduta típica permitirá essa identificação, tal não sucederá, porém, tratando-se de crimes de execução livre: v.g., num homicídio, só executa o crime a pessoa que dispara a arma matando a vítima, ou executa-o, também, aquele que põe a mordaça na boca do ofendido para este não gritar por socorro ? Tomando por base o conceito de autoria atrás referido, seríamos levados a concluir que apenas o agente que dispara executa o homicídio, uma vez que unicamente ele é “causa primaria, geradora ou eficiente do delicto”. Diversamente, o co-delinquente não passaria de cúmplice, na medida em que nada nos permite afirmar que “sem a sua acção elle (o crime) se não perpetraria”. Estamos, porém, convencidos que o juiz condenaria ambos os réus como co-autores do crime de homicídio subsumindo a situação do nosso exemplo na alínea em análise. Diremos mais adiante porquê.

Por outro lado, se a primeira parte (“os que executam o crime”), que não constava do artigo correspondente do Código de 1852 (art. 25.º, nº 1), parece referir-se aos agentes que realizam o crime na sua totalidade (autoria singular), já a segunda (“tomam parte directa na sua execução”) dirá respeito à co-autoria. Não se exige, todavia, um acordo expresso ou anterior, podendo, portanto, haver uma associação instantânea ou tácita. Diz Henriques Secco que “posta de lado, já se vê, a natureza do delicto, a primeira é mais grave, como indicadora de resolução mais reflectida, e até de premeditação<sup>215</sup>”;

---

<sup>214</sup> Dizer-se que *a contrario sensu* são actos de execução os actos externos que se seguem ao começo da execução em nada nos esclarece sobre o sentido a atribuir ao conceito de execução (*petitio principii*).

<sup>215</sup> SECCO, Antonio Luiz Henriques. “Theoria da Cumplicidade”. cit., n.º 400 (25 de março de 1876), p. 562.

“2.º Os que por violência física, ameaça, abuso de autoridade ou de poder constrangerem outro a cometer o crime, seja ou não vencível o constrangimento; (...)”.

Podemos, todavia, subdividir esta forma de autoria em duas modalidades ou sub-espécies: a) violência ou ameaça (coacção física e/ou moral); b) autoridade ou poder (comando ou ordem). Tratando-se da primeira, o Código isenta ou atenua a responsabilidade penal do agente imediato: isenta justificando o facto caso se trate de uma “qualquer fôrça estranha, física e irresistível” (art. 44.º, nº 1), assim como de “medo insuperável de um mal igual ou maior iminente ou em comêço de execução” (art. 44.º, nº 2). Todavia, nesta última hipótese a causa excludente só opera verificando-se, cumulativamente, os seguintes requisitos: realidade do mal; impossibilidade de recorrer à força pública; impossibilidade de legítima defesa; falta de outro meio menos prejudicial do que o facto praticado; probabilidade da eficácia do meio empregado (art. 45.º). Destarte, serão, porventura, em maior número as situações em que havendo coacção moral esta constitua apenas uma circunstância atenuante da responsabilidade criminal do executor material, nos termos do art. 39.º, nº 15, CP (“medo vencível”). É curioso anotar o que a este respeito afirma Levy Jordão ainda que relativamente ao art. 14.º, nº 2, do Código de 1852: “a dificuldade está em marcar qual será o medo invencível; para isto, diz Chauveau, devemos distinguir as ameaças que se dirigem à vida do agente, seus membros, e pessoa, e as que só dizem respeito a seus bens e fortuna. Só as primeiras deverão ser consideradas como causa justificativa, porque só ellas podem violentar a consciencia humana<sup>216</sup>”. Também o constrangimento físico, sendo vencível, configurará somente uma circunstância atenuante (art. 39.º, nº 7, CP). Portanto, “ainda que seja mister, para haver qualquer de reputar-se auctor, o ser causa efficiente do delicto, sem a qual este se não seguiria, não implica isso que intervenha outra causa efficiente, igualmente necessaria para a perpetração do mesmo delicto, quer seja também intellectual, quer material (...)”<sup>217</sup>. Dito por outras palavras: não estando o executor material isento de responsabilidade criminal, tanto este como o agente mediato são autores, porque ambos constituem “causa efficiente” do delicto.

<sup>216</sup> JORDÃO, Levy Maria. *Commentario ao Codigo Penal Portuguez – tomo I*. Lisboa: Typographia de José Baptista Merando, 1853, p. 32. Disponível em [www.fd.unl.pt](http://www.fd.unl.pt) (Biblioteca Digital).

<sup>217</sup> SECCO, Antonio Luiz Henriques. “Theoria da Cumplicidade”. cit., n.º 401 (8 de abril de 1876), p. 579.

Quanto à segunda modalidade ou sub-espécie, são-lhe subsumíveis os casos em que o superior tem *de iure constituto* direito para mandar, acontecendo, porém, que a ordem concretamente dada viola os deveres funcionais (ou poderes-deveres) a que está adstrito: v.g., “o pai que mandar a seu filho cometer um assassinato, excede os limites do patrio poder, a sua acção é criminosa<sup>218</sup>”. No que respeita ao inferior, o respectivo facto só estará justificado verificando-se, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: i) a ordem provenha de superior legítimo; ii) o inferior deva legalmente obedecer; não haja “excesso nos actos ou na forma de execução”(cfr. art. 44.º, n.º 3, CP). É que convém lembrar que o dever de obediência passiva tem limites. Assim, diz Silva Ferrão que “quando cessa o direito de mandar, desaparece a obrigação de obedecer<sup>219</sup>”.

Resumindo: caso o agente imediato ou executor material não actuar justificadamente, será autor apesar de se beneficiar no que respeita à sua responsabilidade penal de uma circunstância atenuante. Afinal, ele é tal como o “auctor intellectual ou provocador” que exerce sobre ele um constrangimento vencível “causa efficiente do delicto” praticado por ambos. Será, porém, assim, *in concreto* ?<sup>220</sup>

“3.º Os que por ajuste, dádiva, promessa, ordem, pedido, ou por qualquer meio fraudulento e directo determinaram outro a cometer o crime; (...)”.

Estão, agora, apenas em causa actos de participação moral ou intelectual. São três as modalidades previstas: a) ajuste, dádiva ou promessa (participação por aliciamento); b) ordem ou pedido; c) qualquer meio fraudulento e directo (participação por dolo). Quanto à primeira modalidade, inclui as seguintes sub-espécies: “ajuste”, sempre que se verifica a formação de um acordo sinalagmático entre o homem de trás e o executor no que respeita ao “preço” a pagar pelo primeiro em contrapartida da concreta realização do “serviço” criminoso planeado pelo homem de trás mas a executar pelo agente imediato<sup>221</sup>; “dádiva”, quando o

<sup>218</sup> JORDÃO, Levy Maria. *Commentario aoCodigo Penal Portuguez – tomo I.* cit., p. 101.

<sup>219</sup> FERRÃO, F. da Silva. *Theoria do Direito Penal – vol. I.* Lisboa: Typographia Universal, 1856, p. 252. Disponível em [www.fd.unl.pt](http://www.fd.unl.pt) (Biblioteca Digital). A este respeito caberá interrogar-nos se “será possível em direito português que seja devida legalmente obediência a uma ordem antijurídica da autoridade?” (vide FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Da participação criminosa.* cit., pp. 142 e ss.).

<sup>220</sup> A esta questão procuraremos responder no par. I.3 (“conclusões”) deste capítulo I, da Parte Segunda.

<sup>221</sup> Na sequência da consulta feita por um assinante (vide “A aposta” (consulta), em *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*. Coimbra: Imprensa da Universidade, ns.º 1112-1147 (23.º ano), 1890 a 1891, p. 259), o respondente sustenta “que a aposta é um ajuste de natureza particular, em

homem de trás antecipa o “pagamento” na expectativa que o executor pratique determinado crime por causa desse “pagamento”; “promessa”, se o homem de trás se limita a propor a realização de uma determinada prestação na hipótese do respectivo destinatário praticar um determinado crime, vindo este a executá-lo “em contrapartida da prestação prometida, mas antes de o homem de trás ter conhecimento da aceitação da proposta e, conseqüentemente, da existência de consenso entre ele e o executor”<sup>222</sup>. Assim, nestes casos tanto o mandante como o mandatário são autores, acontecendo até que o executor tratando-se de dádiva ou promessa verá a sua responsabilidade criminal agravada *ex vi* art. 34.º, n.º 2, CP.

Quanto à segunda modalidade, trata-se da intervenção de alguém que manda ou determina outrem à prática de um crime sem que, todavia, este último lhe esteja legalmente subordinado<sup>223</sup>. Como esclarece Conceição Valdágua, estas “não são modalidades de aliciamento, pois não pressupõem que a execução do facto seja a contrapartida de qualquer prestação, de facto ou de coisa, proporcionada ou a proporcionar pelo agente mediato ao executor”<sup>224</sup>. Haverá, portanto, apenas uma relação de superioridade fáctica que confere ao homem de trás uma particular ascendência moral ou intelectual sobre o executor, de tal sorte que a actuação ordenante ou persuasiva desse agente mediato é causa determinante do facto: sem ela o crime não teria sido cometido. Nestas circunstâncias, ambos são autores, podendo, todavia, o executor material beneficiar-se, eventualmente, da circunstância atenuante geral prevista no art. 39.º, n.º 23, CP<sup>225</sup>.

Já a terceira e última modalidade verificar-se-á “quando se impelle alguém ao delicto, fazendo-lhe dolosamente acreditar, ou que os meios são innocentes, ou que é meritorio o resultado, abusando assim da sua boa fé, ignorancia, ou fraqueza

---

que o interesse do pactuante que não executa o crime é, não que este se cometa, mas inversamente que se não consumme, condição de que depende para ele o direito ao lucro positivo convencionado”. Acrescentando: “(...) a especialidade deste contracto bilateral consiste apenas em ficar o pactuante, a quem incumbe a prestação do facto, ligado ao cumprimento do contracto por uma clausula penal, por virtude da qual, faltando a este cumprimento, não só não recebe o preço convencionado, mas ainda desembolsa uma quantia igual ou diversa (...)”.

<sup>222</sup> Segue-se, na densificação e diferenciação destas três sub-espécies de “aliciamento”, o critério adoptado por VALDÁGUA, M. Conceição. “Figura central, aliciamento e autoria mediata”, em DIAS, J. Figueiredo *et aliter* (orgs.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues – vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 935 e s.

<sup>223</sup> Havendo subordinação hierárquica, aplicar-se-á o art. 20.º, n.º 2, CP (“abuso de autoridade ou de poder”).

<sup>224</sup> VALDÁGUA, M. Conceição. “Figura central, aliciamento e autoria mediata”. *cit.*, pp. 936 e s.

<sup>225</sup> Segundo o art. 39.º, n.º 23, CP, “São circunstâncias atenuantes da responsabilidade criminal do agente, em geral, quaisquer outras circunstâncias que precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente ou diminuir por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou dos seus resultados”.

intellectual<sup>226</sup>”. Se a actuação do executor estiver coberta por uma circunstância justificativa (designadamente, a prevista no art. 44.º, n.º 7, CP, que diz respeito à ausência de *animus nocendi*<sup>227</sup>), só será jurídico-penalmente relevante a autoria de o homem de trás.

“4.º Os que aconselharam ou instigaram outro a cometer o crime nos casos em que, sem êsse conselho ou instigação, não tivesse sido cometido; (...)”.

Diz Levy M. Jordão que “esta especie de conselho é que os antigos doutores chamavam *consilium vestitum, qualificatum* ou *instructum*, em oposição ao *nudum* ou *simplex consilium*, que só induz cumplicidade<sup>228</sup>”. É o conselho acompanhado de planos, apontamentos e instruções. Todavia, na opinião de Silva Ferrão<sup>229</sup> o “conselheiro” apenas poderá ser qualificado como autor verificando-se, cumulativamente, os seguintes requisitos: 1) possua a intenção de que o crime se cometa; 2) o conselho seja efectivamente a causa determinante; 3) tenha a exclusividade nessa determinação no sentido de que sem a sua intervenção o crime não seria praticado. Em todo o caso, o executor é, também, autor do mesmo delito. Diz Cavaleiro de Ferreira: “Do confronto deste número com os anteriores parece poder deduzir-se que, em regra, o executor instigado ou aconselhado terá motivos próprios para agir, que o autor moral com a sua actividade explorou, conseguindo torná-los em fim determinante da acção do executor<sup>230</sup>”. Em todo o caso, quer-nos parecer que esta enumeração casuística e em certa medida redundante das diversas modalidades de autoria moral indicia e favorece uma avaliação mais subjectiva da participação delituosa dos agentes (isto é, centrada na respectiva vontade criminosa) como procuraremos precisar adiante.

“5.º Os que concorreram directamente para facilitar ou preparar a execução nos casos em que, sem êsse concurso, não tivesse sido cometido o crime”.

Não estão, agora, em causa nem a ordem nem o pedido, nem tão-pouco o conselho ou a instigação, mas, sim, um qualquer acto de outra natureza que constitua *conditio sine qua non* da prática do crime. Faz lembrar a “cooperação necessária” espanhola ainda hoje vigente (cfr. art. 28, 2ª parte, al. b), CP de 1995),

---

<sup>226</sup> SECCO, Antonio Luiz Henriques. “Theoria da cumplicidade”. cit., n.º 401 (8 de abril de 1876), p. 578.

<sup>227</sup> Estatui o art. 44.º, n.º 7: “Justificam o facto em geral, os que tiverem procedido sem intenção criminosa e sem culpa”.

<sup>228</sup> JORDÃO, Levy Maria. *Commentario ao Codigo Penal Portuguez – tomo I*. cit., p. 101.

<sup>229</sup> Cfr. FERRÃO, F. da Silva. *Theoria do Direito Penal – vol. I*. cit., p. 259.

<sup>230</sup> FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Da participação criminosa*. cit., p. 187.

mas prevista já no art. 12.º, n.º 3, do primeiro Código Penal espanhol de 1822: “Os que cooperam na execução do facto por um acto sem o qual ele não se teria realizado”. Será o caso, v.g., de “o creado, que abre a porta, para que entrem os ladrões, que de outro modo não teriam podido entrar<sup>231</sup>”. A distinção face à co-autoria estará em que o cooperante não toma parte directa na execução, limitando-se à prática de actos preparatórios: isto é e como referimos já, “actos externos conducentes a facilitar ou preparar a execução do crime, que não constituem ainda começo de execução” (cfr. art. 14.º, 1ª parte, CP).

### I.2.2. Cúmplice e espécies de cúmplice

Opostamente aos autores, dizem-se cúmplices segundo Henriques Secco “os que prestam qualquer auxilio, não indispensavel à perpetração do delicto<sup>232</sup>”; ou, na opinião similar de Sousa Pinto, “aquelles que concorrem para elle (crime), mas de fôrma que sem a sua acção o crime não deixaria de existir<sup>233</sup>”. Adverte, porém, Silva Ferrão: “Esta materia é muito difficil, e de grande perigo, por isso que, em rigor de principios e de verdade, o cumplace, não qualificado, nos termos do Art. antecedente<sup>234</sup>, não participa senão nos actos preparatorios. O crime, que se segue, foi acto voluntario de um terceiro; e, mesmo, por tanto, não se ultrapassando os limites da tentativa, o facto material é imputavel a este, e não àquelle<sup>235</sup>”.

Por outro lado, as seis espécies de cúmplice previstas no Código Penal de 1852 reduzem-se - ao menos, aparentemente - a duas no novo Código de 1886.

Assim, “São cúmplices:

“1.º Os que directamente aconselharam ou instigaram outro a ser agente do crime, não estando compreendidos no artigo 20.º; (...)”.

A exclusão constante da parte final deste número refere-se à natureza efectiva ou realmente determinante da actuação do “conselheiro” ou instigador no que respeita à prática do crime por terceiro(s), circunstância esta em que o agente mediato não será cúmplice, mas, sim, autor. Portanto, ainda que a intervenção do cúmplice deva ser directa (sem intermediário, assegurando-se, destarte, que o

<sup>231</sup> FERRÃO, F. da Silva. *Theoria do Direito Penal – vol. I*. cit., p. 257.

<sup>232</sup> SECCO, Antonio Luiz Henriques. “Theoria da Cumplicidade”. cit., n.º 401 (8 de abril de 1876), p. 577.

<sup>233</sup> PINTO, Basílio de Sousa. *Lições de Direito Criminal Portuguez*. cit., p. 84.

<sup>234</sup> Por “cúmplices qualificados” entende o Autor os “co-authores de delicto”.

<sup>235</sup> FERRÃO, F. da Silva. *Theoria do Direito Penal – vol. I*. cit., p. 269.



cúmplice é sabedor do facto<sup>236</sup>), ela contribuirá apenas para “corroborar o proposito do crime determinado por outras causas<sup>237</sup>”. Por outro lado, há quem sustente que “a referencia ao artigo 20.º, e não ao n.º 4.º do mesmo artigo, onde tambem se encontra o verbo – *instigaram*, revela que o legislador quiz incluir aqui as formas de instigação, a que no artigo 20.º dera designação especial (...)”<sup>238</sup>: isto é, sobretudo as previstas nos ns.º 2 e 3, do artigo 20.º, CP<sup>239</sup>.

“2.º Os que concorreram directamente para facilitar ou preparar a execução nos casos em que, sem êsse concurso, pudesse ter sido cometido o crime”.

Tendo presente o previsto no art. 20.º, n.º 5, CP, define-se o cúmplice *a contrario sensu*. Daí poder afirmar-se que este número “peca” pela vaguidade do seu conteúdo normativo. Em certo sentido, caberiam aí quase todas as hipóteses de cumplicidade contempladas no anterior Código Penal de 1852, designadamente o fornecimento de instrumentos ou quaisquer outros meios para a execução do crime, a prática de quaisquer actos que facilitem essa execução, a omissão de impedimento do crime com a intenção de que ele se cometa e a prestação de serviços de “mensageiro” entre o mandante e o mandatário ou outros quaisquer comparsas principais (respectivamente, ns.º 3, 4, 5 e 6, art. 26.º), desde que essas intervenções não constituam a “causa eficiente” do crime praticado. Diz, todavia, Eduardo Correia que o concurso do cúmplice “há-de fornecer uma condição sem a qual, embora verificando-se o resultado, ele se produziria *por forma diferente*, sendo justamente aquele concurso causa da *forma concreta* que revestiu<sup>240</sup>”.

Aos cúmplices é aplicada uma pena atenuada nos termos do art. 103.º, que, por sua vez, remete para os arts. 104.º e 105.º, todos do Código Penal de 1886.

### I.3. Conclusões

---

<sup>236</sup> Esta exigência de dolo constava, expressamente, da legislação criminal anterior: v.g., “São considerados cúmplices os que para a execução do crime *scientemente* servem de intermediários entre o mandante e mandatário, ou outros quaesquer co-réos” (art. 26.º, n. 6).

<sup>237</sup> JORDÃO, Levy Maria. *Commentario ao Codigo Penal Portuguez – tomo I*. cit., p. 103.

<sup>238</sup> “A aposta” (consulta), em *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*. cit., p. 259.

<sup>239</sup> Esta interpretação parece inspirar-se no art. 26.º, n.º 2, do CP anterior de 1852, em conformidade com o qual e tendo por referência a autoria (“artigo antecedente”) “são considerados cúmplices os que de qualquer maneira, que não seja alguma das referidas no artigo antecedente, provocam o crime”.

<sup>240</sup> CORREIA, Eduardo (com a colaboração de Figueiredo Dias). *Direito Criminal – vol. II*. cit., p. 260.

Até ao advento da Escola neo-clássica centrada numa compreensão teleológico –normativa do direito penal, prevalece entre nós uma concepção científica do crime orientada para os fins das penas que atribui prevalência à “teoria do agente” (nomeadamente, à “teoria da culpa”), a expensas de uma teoria geral da acção criminosa.

É, precisamente, essa ênfase na pessoa do delinquente que explica a particular importância que o elemento moral assume na configuração do facto punível. Diz Silva Ferrão: “a justiça social, que só pune os autores dos factos, e, em consequencia dos mesmos factos, não póde, com justiça, punir em rasão do facto alheio, senão em tanto quanto esse facto revela, pelas suas relações ou concordancia com outros factos, a existencia do mesmo *elemento moral*, a *corrupção* ou *perversidade* da mesma especie, em pessoa diversa. (...) O que se pune, pois, no cúmplice, é somente o *mal manifestado pela intenção* em razão do *facto ocasional* (...)”<sup>241</sup> (os “itálicos” são do Autor). Daí devermos, porventura, concluir que a descrição casuística das diversas espécies de autoria e cumplicidade esconderá uma percepção subjectivista destas figuras jurídico-penais que concede aos juízes uma ampla margem de discricionariedade na determinação *in concreto* da qualidade principal ou acessória da intervenção de dois ou mais co-réus num determinado crime<sup>242</sup>. Recomenda Henriques Secco que “(...) deve a lei estabelecer somente os principios geraes reguladores, deixando sempre aos tribunaes o completar a apreciação da cumplicidade<sup>243</sup>, como *questão de facto*, que também é<sup>244</sup>”.

Por outro lado, a possível compreensão subjectivista da comparticipação criminosa adequar-se-á melhor à “concepção eclética ou compromissória dos fins da pena” dominante à época: “o crime era um facto que negava a racionalidade do direito, a qual devia ser purgada (purificada) pela punição, nomeadamente na consciência do agente, de modo a reeducá-lo<sup>245</sup>”. Para além do delito se traduzir essencialmente no mal manifestado pela intenção do agente na sua perpetração,

<sup>241</sup> FERRÃO, F. da Silva. *Theoria do Direito Penal – vol. I*. cit., p. 245.

<sup>242</sup> Aliás, sendo o “casuismo” uma característica própria da função judicial, a adopção desse sistema pelo legislador na descrição das várias espécies de autoria e cumplicidade poderá indiciar a mesma “subjectividade” que é inerente à actuação dos juízes.

<sup>243</sup> Cumplicidade no sentido de comparticipação criminosa ou cumplicidade *lato sensu*.

<sup>244</sup> SECCO, Antonio Luiz Henriques. “Theoria da Cumplicidade”. cit., n.º 401 (8 de abril de 1876), p. 577.

<sup>245</sup> HESPANHA, António Manuel. “O direito penal e o seu ensino...”. cit., p. 15.

será, também, em razão desse mal que as finalidades preventivas, em particular as de natureza pessoal ou especial claramente influenciadas pelo “correcionalismo” de Röeder<sup>246</sup>, hão-de articular-se com as exigências ético-retributivas convocadas pela filosofia kantiana<sup>247</sup>.

Há, todavia, penalistas que sustentam que só são autores “os que executam o crime, ou tomam parte directa na sua execução” (art. 20.º, n.º 1, CP). É dizer que à semelhança dos cúmplices propriamente ditos os autores morais devem ser considerados partícipes, apesar de sujeitos ao contrário dos primeiros a uma pena idêntica à dos autores. Salvo melhor opinião, estou convencido de que esta interpretação objectivo-formal de a autoria contraria o teor literal do artigo 20.º, convertendo-se, afinal, naquilo que um dos seus defensores (Cavaleiro de Ferreira<sup>248</sup>) abertamente critica: i.é, uma verdadeira proposta de reforma legislativa!<sup>249</sup>. Efectivamente, o Código Penal de 1886 denomina expressamente “autores” todos os intervenientes nas acções descritas nos ns.º 1º a 5º do art. 20.º, acções estas que compreendem, não apenas actos de execução, mas, também, outros de natureza preparatória “conducentes a facilitar ou preparar a execução do crime”. Paralelamente e se a sobredita concepção objectivo-formal nos parece

<sup>246</sup> Vide nota de rodapé n.º 185.

<sup>247</sup> No que respeita ao fundamento do direito de punir, a seguinte passagem, além de curiosa, é particularmente significativa do pensamento dominante em finais do século XIX: “A formula da pena de talião, que ao espirito de muitos se afigura como o mais solemne documento da crueza, dos desvarios e da barbarie dos povos da antiguidade, não teve grande voga e acceitação, nem fez perdurar através dos seculos a memoria da sua existencia, senão porque era a expressão, embora rudimentar e imperfeita, embora grosseira e inconsciente, mas em todo o caso a expressão da justiça penal. (...) Só a philosophia a transformou conscientemente, mantendo-a em toda a sua pureza e elevando-a à altura de um principio fundamental da ordem social, pois que outra cousa não é o reduzir a um só typo todos os crimes – o abuso da liberdade própria com prejuizo ou restricção da liberdade alheia – e todas as penas – a restricção da liberdade daquelle que assim abusou della. Não se corta um braço a quem o cortou a outrem, mas impõe-se àquelle que abusou da liberdade, delinquindo, uma restricção dessa liberdade em escala tanto mais elevada quanto maior houver sido a gravidade daquelle abuso: a restricção, que contra outro qualquer seria um crime, é contra o delinquente a legitima satisfação ao principio da justiça penal (vide VAZ, Lopo. “Relatório da proposta de lei da nova reforma penal”. cit., pp. 321 e s.).

<sup>248</sup> A natureza acessória ou complementar da autoria moral, que equipara esta à cumplicidade, resulta claramente do seguinte trecho: “Não existe cúmplice (...) sem haver autor material. E o autor moral, pela sua própria definição, depende da existência do autor material nos mesmos termos que o cúmplice” (vide FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Da participação criminosa*. cit., pp. 173 e s.). Em outro passo desta obra, Cavaleiro de Ferreira afirma: “É a acção de execução que (...) caracteriza o autor” (p. 99), acrescentando mais adiante que “para nós é indubitável que só há autor quando a sua acção forma todos os elementos objectivos e subjectivos que lhe dão o carácter de crime” (p. 103). Daí considerar *a contrario* que “a participação em sentido estrito abrange apenas a autoria moral e a cumplicidade. Em sentido lato abrange ainda a co-autoria material” (p. 57). Todavia, este Autor adere mais tarde a um conceito extensivo de autoria, concepção estouta que sustenta mesmo perante o actual Código Penal de 1982 (FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – I*. cit., pp. 443 e ss.).

<sup>249</sup> PALMA, Maria Fernanda. “Do sentido histórico do ensino do direito penal...”. cit., p. 409.

desajustada face ao direito legislado, também somos levados a crer que à luz deste direito aquilo que verdadeiramente caracteriza a autoria não será tanto a essencialidade ou necessidade causal da intervenção material dos respectivos agentes em ordem à consumação do delito (teoria objectivo-material)<sup>250</sup>, mas, sim, a particular vontade criminosa que eles manifestam tendo em vista aquela consumação (teoria subjectiva). Demonstra-o o n.º 5 do art. 20.º, na medida em que sendo problemático afirmar aí que a actuação do cooperador ou cúmplice necessário é causa eficaz do evento, já não suscitará dificuldades de maior sustentar que a intencionalidade criminosa que exhibe é similar à do co-autor material. Também a definição de crime ou delito como “o facto voluntário declarado punível pela lei penal” (cfr. art. 1.º, CP) acentua a subjectividade da acção criminosa. Diz Cavaleiro de Ferreira que a confirmar o acento subjectivo daquela definição está a seguinte constatação: “as circunstâncias, quer atenuantes, quer agravantes, que influem sobre a responsabilidade criminal, são em grande parte de carácter estritamente subjectivo<sup>251</sup>”. Aliás, é a existência ou não “de toda a intenção maléfica” que distingue o crime ou delito da contravenção (cfr. art. 3.º, CP). “Por esta razão é que não ha *cumplices* de contravenções, como é expresso; por esta é que não ha autores *moraes* dellas, como se deduz do artigo 3.º do Código<sup>252</sup>”.

Ainda em abono da nossa tese poder-se-á apresentar um outro argumento: sendo a provocação pública descrita no art. 483.º, CP<sup>253</sup>, uma forma particular de instigação, apesar de aquela conduta ter sido causa determinante de um crime praticado por outrem, o agente mediato será considerado cúmplice, e não autor moral (cfr. & único, do art. 483.º, CP<sup>254</sup>), certamente porque a pena aplicável à autoria parece ao legislador demasiado severa face à perversidade manifestada pelo provocador.

<sup>250</sup> Diferentemente CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – vol. II*. cit., p. 260 afirmando: “ao lado da autoria define o art. 22.º a *cumplicidade*, através da qual claramente se revela que o nosso legislador aceitou a distinção entre ‘auxiliator’ essencial e não essencial, principal e secundário, ‘causam dans et non dans’, no sentido de distinguir as hipóteses de o agente colocar (autoria) ou não colocar (cumplicidade) uma condição sem a qual o resultado se não produziria”.

<sup>251</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Da participação criminosa*. cit., p. 52.

<sup>252</sup> “A aposta” (consulta), em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. cit., p. 260. Estatui o art. 3.º, CP: “Considera-se contravenção o facto voluntário punível, que unicamente consiste na violação, ou na falta de observância das disposições preventivas das leis e regulamentos, independentemente de toda a intenção maléfica”.

<sup>253</sup> Segundo o art. 483.º, CP, a “provocação pública” consiste em alguém “por discursos ou palavras proferidas publicamente, e em voz alta, ou por escrito de qualquer modo publicado, ou por qualquer meio de comunicação, provocar um crime determinado”.

<sup>254</sup> Diz o & único, do art. 483.º, CP, o seguinte: “Se da provocação se seguiu efeito, será o provocador considerado como cúmplice, e ser-lhe-á somente imposta a pena de cumplicidade”.

Acresce que há outra circunstância que favorece uma compreensão subjectivista da autoria, a saber: antes do finalismo (Welzel), a subjectividade ou pessoalidade do facto praticado só surge a nível da culpa<sup>255</sup>. É dizer que não existindo na redacção da lei uma clara delimitação normativa entre autoria e cumplicidade (ao contrário, designadamente, do que se verifica no ProjPG de Eduardo Correia *ex vi* art. 27.<sup>o256</sup>), tendencialmente a distinção entre aquelas duas modalidades de intervenção criminosa – uma principal, outra secundária – far-se-á em função da maior ou menor censurabilidade que nos merece a actuação do agente.

Finalmente, o art. 44.<sup>o</sup>, n.º 7, CP, revela-se particularmente elucidativo quanto à posição cimeira que a culpa assume na estrutura geral do ilícito criminal: diz-se aí que “justificam o facto (...) em geral, os que tiverem procedido sem intenção criminosa e sem culpa”. Tendo, precisamente, por referência o sobredito artigo e no sentido de sublinhar o acento subjectivista do respectivo Código, diz Eduardo Correia: “O Código vigente não é, porém, já o de 1852, mas o de 1886, que, se bem que tivesse tido como sua importante fonte aquele código, todavia o insuflou de um espírito inteiramente novo através da Nova Reforma de 1884. Ora neste espírito está justamente uma marcada tendência para a subjectivação do direito criminal – aliás posteriormente acentuada pelas Reformas de 1936 e de 1954 – como resulta de todo o art. 44.<sup>o</sup>, e especialmente do seu n.º 7 (...)”<sup>257</sup>.

Sustentamos, portanto, uma interpretação subjectivista dos arts. 20.<sup>o</sup> e 22.<sup>o</sup>, do Código Penal de 1886, sem, contudo tomar partido por nenhuma das correntes doutrinárias que sustentam uma teoria subjectiva da participação criminosa, designadamente a perfilhada pelo seu representante mais conhecido – v. Buri – que arranca - como é sabido - da constatação que todas as contribuições para o facto são causalmente idênticas (teoria das condições equivalentes), razão pela qual só no

---

<sup>255</sup> Convém recordar que de acordo com a concepção “clássica” os elementos subjectivos do crime são imputáveis exclusivamente à culpa.

<sup>256</sup> Apesar de o Autor do ProjPG afirmar que o novo artigo 27.<sup>o</sup> se inscreve no que respeita à comparticipação criminosa na mesma orientação doutrinária do Código de 1886, continuando-se a ver “na ideia da causalidade a chave da distinção entre as diversas figuras de participantes”, um dos membros da Comissão Revisora – Conselheiro José Osório – não deixa de acentuar que o sobredito artigo representa “um nítido progresso, mesmo quanto à formulação, em relação ao direito actual”. Por certo, este ilustre jurista estar-se-á a referir a que essa formulação, longe de se alargar numa descrição “casuística” das diversas formas de intervenção criminosa, faz assentar a distinção entre autoria e cumplicidade em critérios normativos de causalidade claramente enunciados [cfr. “Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal – Parte Geral”, em *Boletim do Ministério da Justiça* (separata). Lisboa, 1965, pp. 195 e s.].

<sup>257</sup> CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – vol. I. cit.*, p. 296.

plano subjectivo (isto é, da culpa) será possível distinguir entre os que actuam com *animus auctoris* (vontade independente) e os que intervêm apenas com *animus socii* (vontade subordinada)<sup>258</sup>. Certo que nos preceitos acima citados as diversas modalidades ou espécies de autoria e cumplicidade são ou podem ser objectivamente referenciadas. Todavia sempre se poderá entender que essa referência objectiva constitui apenas um indício de uma maior (autoria) ou menor (cumplicidade) censurabilidade, de tal sorte que atendendo em primeiro lugar ao elemento subjectivo poderá ser cúmplice em virtude de uma vontade criminosa menos acentuada aquele cuja conduta objectivamente se inscreve em uma das modalidades de autoria e vice-versa.

Posto o que e respondendo às questões deixadas, deliberadamente, em aberto nas páginas anteriores, quando se afirma que o autor é “a causa primaria, geradora ou efficiente do delicto<sup>259</sup>”, querer-se-á, sobretudo, dizer que ele manifesta uma vontade criminosa que se revela determinante ou decisiva na produção do resultado (“causa efficiente” como sinónimo de *animus auctoris*), diferentemente do cúmplice que concorre apenas com o seu *animus nocendi* para a afirmação da culpabilidade do agente principal. Diríamos, portanto, que no exemplo de homicídio descrito atrás tanto é autor o que põe a mordaça na boca da vítima como o que dispara a arma contra ela, na medida em que, tendo os dois acordado na prática do crime, ambos manifestam a mesma perversidade moral; diversamente, nos casos também referidos dos coagidos por violência física ou ameaça vencíveis ou dos inferiores que cumprem as ordens criminosas ditadas pelos respectivos superiores, os coagidos e os inferiores serão cúmplices, os coactores e os superiores (*de iure constituto* ou não) autores: efectivamente, os “executores” apenas contribuem para a afirmação da intencionalidade criminosa manifestada pelos homens-de-trás.

Compreender-se-á melhor, assim, a afirmação de Silva Ferrão segundo a qual “aos juizes de Direito cumpre moralisar e apreciar os factos, para graduar o gráo correspondente da participação, e applicar a pena respectiva<sup>260</sup>”. Acresce que a frequente intervenção de jurados na apreciação e decisão dos crimes levados a

<sup>258</sup> As teorias subjectivas são dominantes na Alemanha no decurso do século XIX exercendo grande influência nas decisões do Supremo Tribunal de Justiça alemão (RG, mais tarde BGH), mas decaem ao longo do século XX vindo muitos dos seus cultores a aderir à teoria do domínio do facto.

<sup>259</sup> Vide nota de rodapé n.º 213.

<sup>260</sup> FERRÃO, F. da Silva. *Theoria do Direito Penal* – vol. I. cit., p. 259.

juízo contribuirá, por certo, para acentuar ainda mais a compreensão subjectivista ou moral da participação criminosa dos diversos agentes. É o que, ao menos, se induz da crítica feita por Lopo Vaz à instituição do júri (sobretudo, tratando-se de crimes menos graves), não obstante essa crítica se dirigir, sobretudo, à condenação de “compadrios”:

“É manifesta (...) a superior benevolencia dos jurados para os réos que têm a ventura de ser seus visinhos ou patricios, benevolencia que se traduz na maior frequencia de resoluções absolutórias em relação aos crimes leves, e na determinação de muitas e importantes circumstancias attenuantes, que forcem os juizes a reduzir ou substituir as penas, em relação aos crimes de maior gravidade<sup>261</sup>”.

---

<sup>261</sup> VAZ, Lopo. “Relatório da proposta de lei da nova reforma penal”. cit., p. 447.





## II

### PROJECTO DA PARTE GERAL DE 1963

#### II.1. Breve enquadramento histórico

Após a entrada em vigor do Código Penal de 1886, são variadíssimos os diplomas legais que procedem a reformas parciais das disposições legais aí vertidas. Tendo apenas por referência a Parte Geral, destacamos a Lei de 6 de Julho de 1893 (que cria os institutos da liberdade condicional e da suspensão da pena), o Decreto de 27 de Maio de 1911 (que formula todo um novo direito de menores desenvolvido por diversos diplomas legais posteriores), o Decreto de 28 de Maio de 1936 (que, sendo comumente designado por Reforma Prisional, institui um sistema de reacções criminais inspirado nas ideias de prevenção especial), o Decreto de 5 de Junho de 1954 (mais vulgarmente conhecido por Reforma de 1954 que, para além de enxertar no Código em vigor a parte mais importante que constava de legislação extravagante anteriormente produzida, estabelece o critério geral que permite uma aplicação individualizada das penas) e o Decreto de 12 de Março de 1956 (que fixa as condições de revogação da liberdade condicional e disciplina as medidas de segurança). Todavia, também a Parte Especial foi objecto de inúmeras modificações que alteraram diversas incriminações ou aditaram outras em leis extravagantes.

Nestas circunstâncias, não se estranhará que os poderes públicos tenham por repetidas vezes se referido à necessidade urgente de publicação de um novo Código Penal. Tal acontece, por exemplo, aquando da Reforma de 1954 cujo relatório, no seguimento da consolidação e inovação legislativas que introduz e sumariamente

referencia, sublinha a “desejável publicação dum novo Código Penal<sup>262</sup>”. Acresce que a própria *Nova Reforma Penal de 1884* (que – como referimos já – dá “corpo” ao CP de 1886) deixara praticamente intacta a Parte Especial do Código anterior: “quer isto dizer que o velho Código penal de 1852 permanecia ainda em vigor<sup>263</sup>”.

Assim, por Decreto-Lei n.º 43 488, de 28 de Janeiro de 1961, o Governo autoriza o Ministro da Justiça a nomear um professor de Direito que se encarregará da elaboração do projeto de um novo Código Penal, indicando-se na respectiva “exposição de motivos” as razões principais dessa iniciativa legislativa, a saber:

- assegurar a indispensável unidade e coerência sistemáticas, na medida em que as sucessivas reformas parciais, inspiradas por princípios e doutrinas diferentes ou até contraditórias, têm sido fonte de incerteza e insegurança jurídicas, dando lugar a flagrantes situações de injustiça relativa que se revelam, particularmente, inaceitáveis num domínio do direito “em que (...) estão em jogo a própria liberdade e honra das pessoas”;

- subjacente à Parte Geral está apesar das modificações introduzidas uma técnica legislativa ultrapassada que não expressa a “problemática moderna da teoria geral da infracção e das virtualidades da penetração da personalidade do delinquente no direito criminal”;

- o actual Código não responde às questões sociais, económicas e até meramente axiológicas que a vida moderna coloca à consideração do legislador penal e que têm estado na origem de um amplo movimento codificador internacional, especialmente na Europa;

- tendo as reformas parciais possibilitado uma certa experiência no que respeita às inovações que promoveram e a Escola Prática de Ciências Criminais recém-criada assegurado a existência a muito curto prazo de um quadro de pessoal apto a executar as reacções criminais de carácter não institucional “que a política criminal moderna vivamente preconiza”, todo o esforço realizado nestes domínios não fará sentido “sem um corpo unitário de ideias e de princípios que o orientem e que precisamente só pode ser vazado e articulado num novo código criminal, cuja publicação, assim, urgentemente se impõe”.

<sup>262</sup> DECRETO-LEI n.º 39 688. D.G. I Série. 122 (54-06-05) 647 (disponível em [www.dre.pt](http://www.dre.pt)).

<sup>263</sup> Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA, António M. Almeida. “La réforme pénale portugaise”. cit., p. 11.

## II.1. Breve enquadramento histórico

Será Eduardo Correia, ilustre penalista da Faculdade de Direito de Coimbra, a pessoa escolhida para proceder à elaboração do ambicionado projeto dando continuidade à obra legislativa do seu Mestre – Beleza dos Santos - que durante largas décadas colaborara com o Governo na reforma do nosso direito penal. A respeito deste último recorda Antunes Varela, Ministro da Justiça à época<sup>264</sup>, que “o Doutor Beleza dos Santos, quer pela sua especialização, quer pela permanência na Comissão<sup>265</sup>, quer pelo conhecimento de quanto de mais importante neste domínio se tem feito no estrangeiro, é hoje a pessoa que melhor conhece entre nós os problemas do direito penitenciário”.

Dois anos após a sua nomeação, Eduardo Correia apresenta publicamente o Projeto da Parte Geral do Código Penal mediante a respectiva edição no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 127, de Junho de 1963, pp. 17-141. Parece sincera a adesão do Governo ao projeto: “não deixa de ser bastante agradável, sob vários pontos de vista, que o projecto, elaborado por um professor eminente da Universidade, tenha como pedra angular a ideia básica da culpa. Dificilmente, de resto, um governo consciente da sua missão poderia aderir a um sistema distinto da concepção cristã em que assenta toda a nossa vida e na qual mergulham as raízes mais fundas da consciência nacional<sup>266</sup>”. E é vigorosa a defesa que o Autor e ilustre penalista faz da sua proposta legislativa invocando, não apenas a nossa tradição penitenciária de tipo regenerativo ou, ao menos, ressocializador, mas, também ou sobretudo, o respeito pela dignidade da pessoa humana que é o fundamento da culpa ético-jurídica. Assim, o projecto, não só reconhece expressamente a mais-valia pedagógica ou reeducativa das reacções criminais não institucionais comparativamente à pena de prisão<sup>267</sup>, como afirma a natureza ético-monista do sistema punitivo proposto: “a intervenção de um pensamento social de tipo

---

<sup>264</sup> Carta endereçada ao Presidente do Conselho, Oliveira Salazar.

<sup>265</sup> Trata-se da Comissão das Construções Prisionais, presidida durante muitos anos por Beleza dos Santos que aí “tem prestado incontestáveis serviços aos Ministérios da Justiça e das Obras Públicas e ao país em geral” (conforme carta referida na nota anterior).

<sup>266</sup> “Nota informativa sobre o projecto do Código Penal”, em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 127, de Junho de 1963, p. 9.

<sup>267</sup> Afirma CORREIA, Eduardo. “Introdução ao projecto do Código Penal”, em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 127, de Junho de 1963, p. 69: “De qualquer maneira, no quadro do projecto, a prisão aparecerá como um mal, considerado por agora necessário, mas que, por isso mesmo, importa, até onde for possível, substituir por medidas que, mantendo o sentido ético da pena, tenham carácter não institucional, isto é, se possam executar *extramuros*”. Pode encontrar-se uma crítica contundente à capacidade ressocializadora das penas (*maxime*, a prisão) em BELEZA, Teresa Pizarro. “O mito da recuperação do delinquente no discurso punitivo do Código Penal de 1982”, em *Revista do Ministério Público*, vol. 16, ano 4.º, pp. 9 e ss.

protectivo, mesmo de filiação ética, (...) não poderá afirmar-se no campo do direito penal senão no âmbito ou nos limites que a culpa e a responsabilidade do homem lhe fixam<sup>268</sup>”.

Entretanto, é criada uma Comissão Revisora, presidida pelo Ministro da Justiça e que, para além de outros especialistas, integra, também, o próprio Eduardo Correia. As sessões dessa Comissão iniciam-se em 5 de Dezembro de 1963, sendo a primeira delas dedicada à discussão do projecto na sua generalidade. Apesar de aprovado por unanimidade (“no sentido, pois, de que era adequado a servir de base a uma discussão na especialidade<sup>269</sup>”), vislumbra-se já as principais críticas à sua ideologia político-criminal que apontam, essencialmente, para a excessiva brandura das reacções penais nele previstas. A este respeito Gomes da Silva chega a afirmar “que se o Projecto se transformasse, tal como está, em lei, haveria certamente um geral regozijo por parte dos criminosos, regozijo só contrabalançado pela incerteza em que ficarão sobre a medida da pena que sobre eles recairá<sup>270</sup>”. Na sua apreciação final, o Ministro da Justiça traça subliminarmente o caminho a seguir: “sabe-se que antes do julgamento a sociedade pensa sobretudo na vítima; que na altura da condenação se começa já a pensar caridosamente no delinquente; e que passados tempos já ninguém se lembra da vítima, mas sim, de preferência, da família do criminoso, que ficou ao desamparo e que sente a falta do seu chefe”. Concluindo a partir daí que, porventura, será preferível “manter relativamente altos os máximos penais; e, em compensação, alargar a incidência posterior do instituto da liberdade condicional<sup>271</sup>”.

Após a 1.<sup>a</sup> revisão oficial da Parte Geral<sup>272</sup>, que introduziu novas alterações ao texto legislativo que fora objecto dos trabalhos da anterior Comissão Revisora, confirmar-se-á a tendência mais securitária que aquelas observações ministeriais de algum modo pré-anunciam. Assim, em vez do limite máximo geral de prisão fixado em 10 anos (cfr. art. 48.º, ProjPG), estabelece-se uma duração máxima de 20 anos

<sup>268</sup> CORREIA, Eduardo. “Introdução ao projecto do Código Penal”. cit., p. 77.

<sup>269</sup> “Actas das sessões da comissão revisora do projecto da parte geral do Código Penal” (Acta da 1.<sup>a</sup> sessão), em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 140, de Novembro de 1964, p. 256.

<sup>270</sup> “Actas das sessões da comissão revisora do projecto da parte geral do Código Penal” (Acta da 1.<sup>a</sup> sessão). cit., p. 243.

<sup>271</sup> “Actas das sessões da comissão revisora do projecto da parte geral do Código Penal” (Acta da 1.<sup>a</sup> sessão). cit., pp. 257 e s.

<sup>272</sup> A 1.<sup>a</sup> revisão ministerial (ou oficial) da Parte Geral – realizada em 1966 e que conta com a colaboração de José Osório, juiz do Supremo Tribunal de Justiça e que integrara já a Comissão Revisora anterior (1963/64), e Manso Preto, Procurador-Geral interino – está publicada no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 157, de Junho de 1966, pp. 23-83.

## II.1. Breve enquadramento histórico

(cfr. art. 49.º, PG); suprime-se a preferência expressamente atribuída às reacções criminais não institucionais face à pena de prisão (cfr. art. 84.º, ProjPG); prevê-se a obrigatoriedade da liberdade condicional, não para todos os delinquentes “condenados a penas privativas de liberdade não inferior a seis meses” (cfr. art. 51.º, ProjPG), mas somente para “os condenados a pena de prisão superior a seis anos” (cfr. art. 73.º, n.º 2, PG).

Em nome da “tranquilidade pública”, está seriamente prejudicada a ideologia progressista e humanista do Projecto de Eduardo Correia. Se o Código Penal de 1852 nas palavras do próprio Autor do ProjPG “nasceu já velho”<sup>273</sup>, parece que, agora, é a proposta do ilustre penalista de Coimbra que vem “antes do tempo, adiantando-se à evolução da sociedade que se destinava a reger”<sup>274</sup>. Seria preciso esperar pela restauração do regime democrático em Portugal para o Projecto sair, definitivamente, das “gavetas” do Executivo convertendo-se no anunciado e tantas vezes reclamado novo Código Penal português<sup>275</sup>.

## II.2. Teoria da comparticipação criminosa

A proposta de Eduardo Correia em sede de comparticipação criminosa assenta numa compreensão material-objectivista desta realidade juspenal. Assim, diz aquele Autor “(...) que o nexo de causalidade que se deve colocar no centro da teoria da participação criminosa não pode corresponder a uma pura teoria da equivalência das condições, mas deverá antes determinar-se nos precisos termos da causalidade adequada”<sup>276</sup>. Está, pois, em causa um conceito extensivo de autoria que distingue esta última da cumplicidade consoante o agente coloca ou não uma condição necessária, imprescindível ou essencial do resultado previsto no respectivo tipo de ilícito da Parte Especial.

---

<sup>273</sup> Vide nota de rodapé n.º 179.

<sup>274</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. “O Código Penal de 1982 – subsídio para uma compreensão histórica da sua génese”, em *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, LXVIII, 1992, p. 274.

<sup>275</sup> Ainda antes de Abril de 1974, Almeida Costa – que sucedera a Antunes Varela no cargo de Ministro da Justiça – apresenta à Câmara Corporativa um Projecto de Proposta de Lei n.º 9/X sobre bases da reforma penal que recupera os trabalhos anteriores sobre o Projecto de Eduardo Correia e é objecto de parecer favorável daquela Câmara. Todavia e segundo informa MONTEIRO, Cristina Líbano. “O Código Penal de 1982...”.cit. p. 277, “estas bases (...) não chegaram afinal a ser aprovadas ou sequer discutidas pela Assembleia Nacional”.

<sup>276</sup> CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – vol. II*. cit., p. 249.

Na Alemanha, também Mezger reconduz a teoria da participação criminosa *lato sensu* à causalidade, mais propriamente à causalidade típica que é para ele a causalidade adequada. Todavia, diferentemente de Eduardo Correia aquele Autor entende que a causalidade adequada é um requisito tanto da autoria como da participação *stricto sensu*. Daí que os críticos desta outra posição doutrinária afirmem que “a contradição de os autores que extraem o conceito extensivo de pontos de vista causais reside precisamente em atribuírem um valor absoluto na fundamentação do conceito primário de autor a algo, a causalidade, a que negam qualquer componente e transcendência valorativos<sup>277</sup>”. É, pois, por esta razão que Mezger se vê obrigado a reconhecer que a distinção entre autoria, por um lado, e instigação e cumplicidade, por outro, constitui “em absoluto” um produto da lei<sup>278</sup>.

O artigo do Projecto respeitante à comparticipação criminosa – artigo 27.º - está integrado no Capítulo II “Das formas de aparecimento do crime”, do Título II, da Parte Geral. Contrariamente ao previsto no Código Penal vigente à época (isto é, CP de 1886), os “encobridores” não são considerados “agentes do crime” remetendo-se a incriminação da respectiva actividade para a Parte Especial.

### II.2.1. Autoria

O autor ou “auxiliator causam dans”<sup>279</sup> do facto punível pode intervir sob diversas formas especialmente consagradas nos ns.º 1.º a 3.º do art. 27.º, do Projecto. Assim,

“1.º Executando-o singular e imediatamente; (...)”.

É o chamado autor singular que tanto pode actuar de modo isolado como a par de outrem (“paralelamente”). Nesta última hipótese e apesar do crime praticado ser, globalmente, um só, não existe qualquer acordo – expresso ou tácito – entre os respectivos agentes (v.g., A e B, desconhecendo um os propósitos criminosos do outro, colocam ambos uma porção letal de veneno no copo de água que C bebe

---

<sup>277</sup> Citado em português a partir de GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. *La autoría en derecho penal*. cit., p. 273.

<sup>278</sup> Cfr. GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. *La autoría en derecho penal*. cit., p. 268.

<sup>279</sup> É Farinacio, célebre penalista do século XVI, quem “distinguiu entre autor e cúmplice como os agentes do crime que davam a causa ao crime ou não davam (*causam dans* = o que dá causa, utilizando as expressões latinas – seria o autor; *causam non dans* = o que não dá a causa – seria o cúmplice)” (*vide* BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal – II*. cit., p. 388).

todas as noites antes de adormecer vindo este a morrer após a sua ingestão). Refere-se esta categoria da “autoria paralela” porque no seio da Comissão Revisora houve quem entendesse, mas sem vencimento, que “os casos de co-autoria não deviam ser limitados pela exigência de um acordo; pode um indivíduo colaborar dolosamente no plano de outro sem conhecimento deste, devendo nesse caso ser punido como co-autor<sup>280</sup>”;

“2.º Executando-o imediatamente, por acordo e conjuntamente com outro ou outros; (...)”.

São pressupostos da co-autoria 1) a decisão conjunta, excluindo-se, portanto, a co-autoria por negligência mas admitindo-se tanto o acordo expresso como o tácito. Assim e segundo o próprio Autor do projecto, “claro que o acordo de que no preceito se fala tanto pode ser expresso como tácito; mas sempre se exigirá, como sempre parece ser de exigir, pelo menos, uma *consciência da colaboração*. (...) Por conseguinte, o mais que poderá conceder-se é que a expressão ‘acordo’ seja integrada pela consciência da colaboração, a qual aliás terá sempre de assumir carácter bilateral<sup>281</sup>”; 2) a execução conjunta do facto. Todavia e porque no entender de um dos membros da Comissão Revisora “a ‘execução imediata’ é neste número mais ampla que no anterior<sup>282</sup>”, aprovou-se por unanimidade que a expressão “executando-o imediatamente” fosse substituída por “tomando parte imediata na sua execução”;

“3.º Determinando – quer singular, quer por acordo e conjuntamente com outro ou outros – directa e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito, sempre que este, ao menos em começo de execução, se tenha praticado e não houvesse sido cometido sem aquela determinação”.

Este número revela, em particular, a adesão de Eduardo Correia à doutrina latina da comparticipação, por contraposição à alemã que autonomiza dentro da autoria moral ou mediata o conceito de instigação (que seria participação *stricto sensu*, não autoria). Assim, “a razão de ser daquele conceito (instigação) está (...) na ideia errada de que a liberdade da vontade seria necessariamente incompatível com a causalidade<sup>283</sup>”; ora, sustenta o penalista de Coimbra que nos quadros dogmáticos

---

<sup>280</sup> “Actas das sessões da comissão revisora do projecto da parte geral do Código Penal” (Acta da 12.ª sessão), em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 144, de Março de 1965, p. 42.

<sup>281</sup> “Actas das sessões da comissão revisora...”. cit., pp. 43 e s.

<sup>282</sup> “Actas das sessões da comissão revisora...”. cit., p. 45.

<sup>283</sup> “Actas das sessões da comissão revisora...”. cit., p. 40.

da causalidade adequada em que se inscreve a teoria da participação criminosa nada impede que se considere causa idónea (isto é, juridicamente relevante) o acto de um terceiro que “determina, e por conseguinte prevê ou deve prever, actividades dolosas ou negligentes de outrem por força do seu comportamento<sup>284</sup>”. Discute-se, porém, se a determinação deve ou não ser directa e dolosa, acabando a Comissão Revisora por aceitar a fórmula proposta pelo Autor do projecto “porque, traduzindo-se a punição da autoria moral, já de si, num alargamento, precisa de ser limitada<sup>285</sup>”.

Em resumo e considerando ainda a aceitação pela Comissão de uma outra proposta “no sentido de, no corpo do artigo, se eliminar o termo ‘autor’, ficando só a palavra ‘agente’<sup>286</sup>”, é a seguinte a versão final aprovada dos três primeiros números do art. 27.º: “É punível como agente de um crime quem tiver dado causa à sua realização sob as seguintes formas: 1.º Executando-o singular e imediatamente; 2.º Tomando parte imediata na sua execução, por acordo e conjuntamente com outro ou outros; 3.º Determinando – quer singular, quer por acordo e conjuntamente com outro ou outros – directa e dolosamente alguém à prática do facto ilícito, sempre que este, ao menos em começo de execução, se tenha praticado e não houvesse sido cometido sem aquela determinação”.

Após a 1.ª Revisão ministerial, a redacção do articulado respeitante à autoria (agora, art. 32.º, n.º 1) exhibe alterações que vão para além da simples simplificação da respectiva fórmula. Estatui-se aí: “Diz-se autor do crime aquele que o executa ou toma parte directa na sua execução; e ainda aquele que dolosamente induz outrem à prática do facto ilícito, desde que haja execução ou começo de execução do crime<sup>287</sup>”. Lamentavelmente, não existem “actas” das sessões desta comissão revisora oficial. Em todo o caso, poder-se-á concluir que nela vingaram alguns dos argumentos aduzidos na comissão anterior e que não encontraram aí acolhimento, designadamente da parte do Autor do projecto. Senão vejamos: 1) no que respeita à co-autoria recupera-se a redacção do Código Penal vigente (1886) que, omitindo a referência ao acordo<sup>288</sup>, compreenderá, não apenas a co-autoria dolosa e/ou

<sup>284</sup> CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – vol. II*. cit., p. 249 (nota de rodapé n.º 1, *in fine*).

<sup>285</sup> “Actas das sessões da comissão revisora...”. cit., p. 44.

<sup>286</sup> “Actas das sessões da comissão revisora...”. cit., p. 42.

<sup>287</sup> “Código Penal”, em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 157, de Junho de 1966, p. 34.

<sup>288</sup> Esta é a opinião expressa por José Osório, que, aliás, colabora na 1.ª revisão oficial (*vide* “Actas das sessões da comissão revisora...”. cit., p. 42).



negligente, como a própria autoria paralela (isto é, sem um mínimo de consciência de colaboração entre os co-agentes); 2) quanto à autoria moral ou mediata, segue-se em parte o parecer de Maia Gonçalves quando sustenta que se exclua a exigência de que a “determinação” seja directa, diferentemente do que sucede com a cumplicidade por ser esta última “uma espécie de modalidade inferior de infracção que se traduz num alargamento da punição normal<sup>289</sup>”. Admite-se, portanto e diversamente do que pretende Eduardo Correia<sup>290</sup>, a punibilidade de uma instigação à instigação. Por outro lado, aceita-se a sugestão de Guardado Lopes que considera o termo “determinação” forte demais, “pelo que seria desejável (...) encontrar uma expressão menos concludente<sup>291</sup>”. Substitui-se, pois, “determinar” por “induzir”; 3) finalmente, parece evidente a intenção do legislador de “aliviar” o preceito legal respeitante à autoria da sua carga doutrinária, particularmente no que concerne à teoria da causalidade consabidamente subscrita por Eduardo Correia. Neste sentido e por referência ao projecto primitivo, elimina-se do corpo do artigo a expressão “quem tiver dado causa” e da parte final do n.º 3, art. 27.º, ProjPG, a asserção “(...) e não houvesse sido cometido sem aquela determinação”. Em contrapartida e contrariando a versão final aprovada pela Comissão anterior, reintroduz-se o termo “autor” eliminando-se a palavra “agente”, sendo certo que segundo o Autor do projecto (que concordara com a dita versão final) aquele termo é o que confere ao preceito em causa a “sua principal carga doutrinária<sup>292</sup>”.

### II.2.2. Cumplicidade

Em conformidade com o n.º 4 do art. 27.º, ProjPG, o “auxiliator causam non dans”<sup>293</sup> ou cúmplice actua “determinando directa e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito ou auxiliando-o dolosamente na sua execução, sempre que, tendo embora sem aquela determinação ou auxílio a execução sido levada a cabo, ela o fosse, todavia, por modo, tempo, lugar ou em circunstâncias diferentes”. Acrescenta-se que “esta última forma de comparticipação constitui a cumplicidade”. No art. 30.º, ProjPG, estabelece-se que “a cumplicidade é punível

---

<sup>289</sup> “Actas das sessões da comissão revisora...”. cit., pp. 42 e s.

<sup>290</sup> “Actas das sessões da comissão revisora...”. cit., pp. 41 e 44.

<sup>291</sup> “Actas das sessões da comissão revisora...”. cit., p. 43.

<sup>292</sup> “Actas das sessões da comissão revisora...”. cit., p. 43.

<sup>293</sup> Vide nota de rodapé n.º 279.

na moldura penal aplicável ao respectivo crime. A pena será, porém, atenuada nos termos dos artigos 87.º e 88.º”.

Sob proposta de Gomes da Silva, discute-se em sede de Comissão Revisora se a autoria e a cumplicidade devem ou não integrar o mesmo articulado legal. Também são vários os membros da referida Comissão que acham “demasiado pesada e confusa a fórmula do n.º 4<sup>294</sup>”. Assim, é aprovada por unanimidade a seguinte versão final respeitante à cumplicidade (art. 27.º, ns.º 4 e 5): “Determinando directa e dolosamente alguém à prática do facto ilícito ou auxiliando-o dolosamente na sua execução, sempre que, sem aquela determinação ou auxílio, a execução fosse levada a cabo por modo, em tempo, lugar ou circunstâncias diferentes” (n.º 4); “As formas previstas no n.º 4 constituem a cumplicidade” (n.º 5).

Esta redacção será ainda objecto de novas alterações propostas pela 1.ª revisão ministerial que, sem desvirtuar o pensamento expresso no projecto primitivo, contribuem, todavia, para o aclaramento da fórmula legal. É o art. 32.º, n.º 2: “Há cumplicidade quando alguém contribui, directa e dolosamente, para que outrem se decida à prática do facto ilícito, ou quando dolosamente o auxilia na sua execução, sempre que a contribuição ou auxílio não tenha sido essencial para a execução do crime, mas tenha influído decisivamente no modo, tempo, lugar ou circunstâncias em que ele foi praticado”. Todavia e nos termos do art. 35.º, a atenuação da pena aplicável ao cúmplice deixa de ser obrigatória passando a ser facultativa, alteração esta que constitui, pois, mais uma manifestação de “endurecimento” por parte do Governo da proposta originariamente apresentada por Eduardo Correia.

### II.3. Conclusões

É manifesta a intenção do legislador de expurgar o conceito legal de autoria de qualquer reminiscência subjectivista. De igual modo, privilegiando-se o “desvalor de resultado”, a expensas de o “desvalor de acção”<sup>295</sup>, parte-se do

<sup>294</sup> “Actas das sessões da comissão revisora...”. cit., p. 43.

<sup>295</sup> Essa preferência pelo resultado em detrimento da acção (ou omissão) resulta da própria definição do facto punível ou crime positivada no art. 7.º, ProjPG: “O facto ou resultado descrito num tipo legal de crime abrange não só a acção adequada a produzi-lo, mas também a omissão da acção adequada a evitá-lo”.

### II.3. Conclusões

princípio que na perspectiva do respectivo agente o crime se traduz, essencialmente, no evento ou resultado proibido. Assim, será autor aquele que dá causa efectiva ao facto punível, em termos de se poder afirmar num juízo de prognose póstuma ou *ex ante* que a violação do bem protegido pelo direito penal é objectivamente (*id quod plerumque accidit*) a consequência necessária da actuação do agente. Já o cúmplice, não constituindo como o autor a causa necessária ou essencial do evento ou resultado (sem a sua intervenção, o crime não deixaria de verificar-se), assume-se, todavia, como causa das concretas circunstâncias, modo, tempo ou lugar da prática do delito. Dito de outro modo: o cúmplice, não sendo ao contrário de o autor um *auxiliator causam dans*, não pode ser responsabilizado pelo dano produzido, mas pode, porém, ser responsabilizado por certos aspectos concretos do facto punível de que é causa necessária ou adequada<sup>296</sup>.

Estamos, portanto, na aparência perante um conceito extensivo de autoria, mas que não se revela compatível com a estrutura subjectiva alargada da comparticipação, tal como ela resulta do art. 29.º, ProjPG<sup>297</sup>: ou seja, autores são todos os que objectivamente dão causa à verificação do resultado típico ainda que subjectivamente alguns deles – co-autores e autores morais – apenas o sejam actuando dolosamente<sup>298</sup>. Por outro lado, negando-se autonomia a um conceito material de instigação, esta fará parte integrante da categoria mais ampla que é a autoria mediata, moral ou intelectual. Diz, porém, Eduardo Correia: “Certo que não está excluído que, seguindo-se um caminho puramente formal e analítico, se seja conduzido a autonomizar a instigação; sòmente não se vê que, aceite um conceito extensivo de autor, isso represente mais que um puro luxo de conceitos – sobretudo por parte daqueles sistemas que autonomizam a figura do instigador para depois o punir exactamente como ao autor<sup>299</sup>”.

Em todo o caso, o âmbito de aplicação da autoria moral ou mediata estará fortemente limitado pelo princípio da acessoriedade (qualitativa). Efectivamente, exige-se para a punição do homem-de-trás (autor moral) que o executor cometa um

---

<sup>296</sup> No art. 32.º, n.º 2, da 1.ª revisão ministerial, em que se procura simplificar a fórmula usada por Eduardo Correia no n.º 4, art. 27.º, do seu ProjPG, é manifesto que tratando-se da cumplicidade a ideia de causalidade adequada se refere exclusivamente a aspectos circunstanciais ou particulares da prática do crime.

<sup>297</sup> Diz o art. 29.º, ProjPG: “Cada participante será punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou grau de culpa dos restantes participantes”.

<sup>298</sup> Cfr. FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – I. cit.*, pp. 449 e ss. e 483 e ss.

<sup>299</sup> CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – vol. II. cit.*, p. 252 (nota 1).

facto ilícito (cfr. art. 27.º, n.º 3, ProjPG). Vejamos o seguinte exemplo<sup>300</sup>: “um agente, com a intenção de matar duas pessoas suas conhecidas, induz em erro uma e outra acerca da intenção que cada uma delas tem de matar a outra, e convence-as de que serão vítimas cada uma da agressão da outra, em determinado local, pelo qual ambas têm de passar em certa ocasião; sem que cada uma soubesse que a outra passava por esse local por razão diferente. O encontro convenceu cada qual da justeza do aviso recebido; e cada uma delas, vendo puxar a outra da arma de que estava munida para sua defesa, fez fogo sobre a outra”. Imaginemos que as duas ficam gravemente feridas, mas como ambas actuam em legítima defesa o facto praticado por cada uma delas estará justificado excluindo-se a sua ilicitude (cfr. art. 36.º, ProjPG). Por outro lado, o agente da retaguarda apesar de ter sido causa determinante do ocorrido não poderá ser punido como autor moral de dois crimes (consumados) de “ofensa à integridade física grave” por inexistir um facto ilícito principal<sup>301</sup>.

Daí poder afirmar-se que, sendo a acessoriedade uma característica fundamental de um conceito – não extensivo – mas restritivo de autoria (só o autor tem responsabilidade autónoma, na medida em que o partícipe apenas responde havendo responsabilidade mais ou menos alargada do agente principal), a autoria moral ou mediata (tal como a cumplicidade) inscrevem-se já na chamada participação secundária ou *stricto sensu*. Contra isto não fará sentido, a nosso ver, argumentar que a exigência legal da “prática do facto ilícito” constitui uma simples “condição objectiva de punibilidade” que integra o facto criminoso do causante sendo, portanto, totalmente estranha ao princípio da acessoriedade. É que trata-se aí, em verdadeiro rigor, da qualificação jurídico-dogmática de um facto alheio, não de uma circunstância inerente ou de algum modo dependente do facto danoso praticado pelo agente mediato<sup>302</sup>. Diz JESCHEK / WEIGEND: “As condições objectivas de punibilidade são **circunstâncias** que se encontram **em relação**

<sup>300</sup> Este exemplo é extraído de FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – I. cit.*, p. 456.

<sup>301</sup> Como o projecto prevê que se sancione a tentativa de instigação (art. 31.º), o agente em causa poderia ser punido pelo crime de ofensa à integridade física grave, na forma tentada.

<sup>302</sup> Assim, v.g., a prática de um facto ilícito é uma “condição objectiva de punibilidade” no caso do crime de “embriaguez e intoxicação” (art. 295.º, CP), mas apenas porque existe uma conexão pessoal entre essa circunstância e o estado criado, ao menos, negligentemente, pelo agente.

**imediate com o facto**, mas não pertencem **nem ao tipo de ilícito nem à culpa**<sup>303</sup>,  
(os “negritos” são de Jeschek / Weigend).<sup>304</sup>

Devemos, pois, assentar que a relação de causalidade em que se baseia a concepção de autoria sufragada por Eduardo Correia existe ou pode existir entre a actuação do agente e o dano produzido, mas já não será admissível aceitá-la se entre essa actuação e o evento do crime se interpuser a intervenção autónoma de um terceiro que executa, ilicitamente, o facto (executor material). Dizer - como argumenta o Professor de Coimbra - que bastará para tanto que o homem-de-trás preveja ou deva prever as “actividades dolosas ou negligentes de outrem por força do seu comportamento”<sup>305</sup>, não me parece defensável à luz de um direito penal do facto, mas somente de um direito penal da vontade (ou da culpa). É que esse argumento significa, em verdadeiro rigor, mesclar os critérios objectivos que são próprios da teoria da causalidade adequada com pontos de vista subjectivos específicos da culpa<sup>306</sup>. Estamos, portanto, com García Conlledo quando este Autor, parafraseando e completando o dito por Schröder, conclui que “um conceito extensivo com preceitos sobre a participação que incorporam a acessoriedade não é já um conceito extensivo. (...) O único conceito extensivo coerente com as suas premissas é o conceito unitário, que não é incompatível com a existência de preceitos que regulem a instigação e a cumplicidade, desde que estes não recolham manifestamente a acessoriedade; tais preceitos seriam tão-somente descrições de

---

<sup>303</sup> Citado em português a partir de JESCHEK, H.; WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. cit., p. 597.

<sup>304</sup> Existem, porém, outros Autores – como é, designadamente, o caso de Cavaleiro de Ferreira – que subscrevem uma noção ampla de “condições de punibilidade” vendo nelas um acto próprio ou uma consequência de um acto próprio ou até um acto de terceiro. Todavia e sustentando o carácter estritamente individual da acção criminosa, o referido juspenalista português afirma que “a condição de punibilidade é exterior ao crime” (FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Da participação criminosa*. cit., p. 47). Consequentemente, não se sente impedido de considerar que “o facto do autor material é (...) condição de punibilidade do autor moral” (*ibidem*, p. 215). Acontece, aliás, que segundo o mesmo juspenalista inexistente um nexo causal entre todos os agentes e o evento do crime – ou seja, não há um único crime. Diz ele: “As diversas espécies de agentes distinguem-se pela natureza do crime que praticam. O estudo dos participantes é o estudo do seu crime. É pois no carácter da sua acção que está a razão da sua diferenciação” (*ibidem*, p. 60).

<sup>305</sup> CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – II*. cit., p. 249 (nota 1).

<sup>306</sup> A favor da nossa tese poder-se-á ainda invocar a chamada “proibição de regresso”, em conformidade com a qual a intervenção dolosa de outrem num acontecimento criminoso interrompe o nexo causal obstando a que o resultado típico possa ser, objectivamente, imputado ao agente mediato. Diz-se, porém, que essa proibição não deve valer sem limitações, designadamente quando o facto doloso consequencial segundo um juízo *ex ante* é previsível ou evitável. Todavia e a nosso ver, tal previsibilidade causal significa, objectivamente, a desconsideração de a autonomia intencional do terceiro interveniente, em termos de excluir o próprio sentido de desvalor social que é pressuposto da relevância jurídico-criminal da respectiva acção.

específicas formas de autoria (conceito unitário funcional) e normas de determinação da pena (pena abstracta inferior para o cúmplice)<sup>307</sup>.

Em suma, autores seriam apenas o autor singular e o co-autor (respectivamente, nsº 1 e 2, art. 27.º, ProjPG). Tal significaria, portanto, que se está, afinal, perante uma teoria objectivo-material restritiva assente na causalidade adequada, teoria esta que para além dessa característica de causalidade reserva a autoria àqueles que intervêm na fase executiva do crime (*concurso concomitans*). É a posição doutrinária defendida, entre outros, por Birkmeyer comumente conhecida por “teoria da simultaneidade”<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> Citado em português a partir de GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. *La autoría en derecho penal*. cit., p. 345. Também MONTEIRO, Henrique Salinas. *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 148, acentua: “deve ainda ter-se presente que as expressões legais frequentemente utilizadas como prova da consagração legal do princípio da acessoriedade limitada constavam do Projecto de EDUARDO CORREIA, tendo sido posteriormente suprimidas. Com efeito, nos termos do art. 25.º (*sic*) do mencionado Projecto, exigia-se expressamente, quer para a instigação (n.º 3), quer para a cumplicidade (n.º 4), a ilicitude do facto do autor, o que já não sucede na redacção definitiva do Código”.

<sup>308</sup> Vide, entre outros, GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. *La autoría en derecho penal*. cit., pp. 538 e s.; FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Da participação criminosa*. cit., p. 92.

### III

## CÓDIGO PENAL DE 1982

### III.1. Breve enquadramento histórico

Após a Revolução de 1974 e a consequente restauração da democracia, estão, em princípio, criadas as condições políticas para uma reforma do Código Penal que assente - como é o caso do Projecto de Eduardo Correia - numa construção ético-monista do direito criminal revelando ainda um notável apego aos valores do Humanismo. Preocupação esta última que resulta, claramente, do seguinte trecho, escrito em jeito de conclusão às “Provas” a que submete a sua proposta:

“Certo, não se desconhecem as dificuldades (...). Mas, justamente, o critério com base no qual elas forem vencidas, fornecerá a fórmula que, na prática, permitirá manter o pêndulo do direito criminal no quadro das penas ou fazê-lo inclinar para o das medidas de segurança, consoante se reconhecer no homem – mesmo na sua dimensão trágica – a sua qualidade de pessoa, o seu sentido de ser responsável, ou se preferir aliená-lo para o plano dos acontecimentos naturalísticos, olhando-o como um paralelogramo de forças causais. E nisso estará, acaso, contida – para usar um pensamento de Frankl – uma tomada de posição a favor de um verdadeiro Humanismo ou de um triste e degradante Homuncalismo!<sup>309</sup>”.

É Almeida Santos<sup>310</sup>, Ministro da Justiça do 1.º Governo constitucional, o responsável político que, após a aprovação a 2 de Abril de 1976 da Constituição da

---

<sup>309</sup> CORREIA, Eduardo. “Introdução ao projecto do Código Penal”. cit., p. 82.

<sup>310</sup> No que se segue acompanhamos de perto o esquema expositivo de MONTEIRO, Cristina Líbano. “O Código Penal de 1982...”. cit., pp. 277 e ss.

República portuguesa, decide retomar a revisão do Código Penal ainda vigente (1886) tendo por base a proposta apresentada na década de sessenta por Eduardo Correia. Neste sentido, é nomeada uma nova Comissão, presidida pelo Autor do Projecto e cujos trabalhos culminam na Proposta de Lei n.º 117/I que versa apenas sobre a Parte Geral<sup>311</sup>. Diz-se aí, mais precisamente na respectiva “exposição de motivos”, que “o diploma que agora se propõe sofreu, em relação ao projecto inicial (...) importantes modificações, quer formais, quer sistemáticas e materiais<sup>312</sup>”. Assim, v.g., a disciplina legal da comparticipação criminosa sofre alterações relevantes inspiradas na doutrina germânica mais recente (teoria do domínio do facto). Em todo o caso, são ainda os mesmos os princípios orientadores fundamentais, designadamente no que respeita à culpa e às consequências jurídicas do crime. Destarte, parte-se “da compreensão do homem como um ser livre e responsável”, sendo certo que “só uma tal compreensão do homem, correspondente aliás à nossa tradição cultural e jurídica, pode respeitar o espírito de uma Constituição como a nossa, que proclama, logo no seu artigo 1.º, ser Portugal uma República baseada na dignidade da pessoa humana<sup>313</sup>”.

Tendo chegado a baixar à Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias, a dissolução da Assembleia da República veio a determinar a caducidade da sobredita Proposta. Apenas dois anos mais tarde, sendo Ministro da Justiça o próprio Autor do projecto, uma nova Comissão presidida por este último prepara e apresenta a Proposta de Lei n.º 221/I que, para além da Parte Especial agora revista, integra a Parte Geral constante da anterior proposta legislativa. Todavia, também desta vez a crise política que se instala no país conduzindo à demissão do Executivo em funções e à convocação de eleições gerais antecipadas obsta a que a Assembleia da República conceda ao Governo a necessária autorização para legislar em matéria penal.

A história acidentada e longa do Projecto de Eduardo Correia só conhecerá, finalmente, o seu epílogo quando, por iniciativa de Menéres Pimentel, Ministro da Justiça do II Governo da Aliança Democrática (AD), se elabora no seio de um *petit comité* o texto do projecto de decreto-lei contendo o articulado do novo Código

<sup>311</sup> Esta proposta legislativa está publicada no *Diário da Assembleia da República*, suplemento ao n.º 136, de 28 de Julho de 1977.

<sup>312</sup> *Diário da Assembleia da República*. cit., 4926-(1).

<sup>313</sup> *Diário da Assembleia da República*. cit., 4926-(2).



Penal, texto este que fará parte integrante da Proposta de Lei n.º 100/II a apresentar à Assembleia da República. Precedendo a votação daquela Proposta, trava-se no Plenário uma viva discussão parlamentar em que afloram antigos receios respeitantes ao carácter utópico do Projecto, tendo, sobretudo, em conta a inadequação das nossas estruturas materiais e humanas perante as exigências inovadoras do sistema punitivo legislativamente arquitectado. Assim, afirma um dos deputados: “Passaram decénios sobre a concepção deste modelo de sistema punitivo e da sua adopção no projecto Eduardo Correia, decénios que não lhe roubaram novidade, mas acentuam que, passado tanto tempo, continuam hoje por preparar os instrumentos necessários para o fazer passar do plano das declarações de intenção para a realidade da justiça penal<sup>314</sup>”. A Proposta é, todavia, aprovada com os votos favoráveis dos representantes dos partidos da coligação governamental.

Posto o que está o Executivo autorizado para proceder à ambicionada revogação do quase centenário Código Penal de 1886, substituindo-o por um novo que é aprovado através do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro. Em 1 de Janeiro de 1983 entra em vigor o actual Código Penal de 1982.

### III.2. Teoria da comparticipação criminosa

Em sede de comparticipação criminosa (autoria e cumplicidade), são significativas as alterações introduzidas no artigo 27.º do projecto primitivo, reflectindo essas alterações a influência crescente da teoria do domínio do facto. Assim, não apenas se autonomiza a instigação em relação à autoria mediata (pondo termo à antiga categoria da autoria moral, intelectual ou mediata), como se disciplina em artigo próprio a cumplicidade.

Todavia, parece-nos que o legislador actual, mais do que atender às novas concepções sobre autoria, quis responder às manifestas lacunas de punibilidade que a acessoriedade qualitativa tratando-se da autoria moral ou mediata (cfr. art. 27.º, n.º 3, ProjPG) originava. A este respeito Cavaleiro de Ferreira salienta: “É notório que se encontravam omissos no projecto primitivo, como após a 1.ª revisão ministerial, casos de autoria moral abrangidos na regulamentação do Código Penal

---

<sup>314</sup> *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 121, p. 5077.

de 1886. (...) Casos constantes dos ns.º 2 e 3 do art. 20.º, ou seja: os que por violência física, ameaça, abuso de autoridade ou de poder ‘constrangerem outro a cometer o crime’, não sendo vencível o constrangimento; e ainda os que por ‘qualquer meio fraudulento e directo determinaram outro a cometer o crime’<sup>315</sup>. Situações estas todas elas subsumíveis na nova figura jurídico-penal da autoria mediata (“É punível como autor quem executar o facto (...) por intermédio de outrem”<sup>316</sup>) sobrando as restantes hipóteses dos ns.º 2 e 3, e também o n.º 4, do sobredito art. 20.º, para a instigação (“É punível como autor (...) ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”<sup>317</sup>).

Assim, a comparticipação criminosa no que respeita aos seus agentes está hoje regulada nos artigos 26.º (Autoria) e 27.º (Cumplicidade), do Capítulo II (Formas do crime), do Título II (Do facto), do Livro I (Parte geral), do Código Penal de 1982 (doravante designado CP)<sup>318</sup>.

### III.2.1. Autor

Tratando-se de um “direito penal do facto”, faz todo o sentido afirmar-se que é autor quem executa o crime. Assim e diversamente do que se verifica no artigo 7.º, ProjPG<sup>319</sup>, não se equipara, agora, o facto ao resultado<sup>320</sup>; pelo contrário e nos termos do artigo 10.º, n.º 1, CP, estatui-se: “Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei”. Ou seja: a prevalência legal é atribuída ao facto, que pode ou não incluir um certo resultado típico.

É, pois, autor o agente que

<sup>315</sup> FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – I. cit.*, p. 481.

<sup>316</sup> Artigo 26.º, 2.ª alternativa, do Código Penal de 1982.

<sup>317</sup> Artigo 26.º, 4.ª alternativa, do Código Penal de 1982.

<sup>318</sup> O texto destes arts. 26.º e 27.º, CP, mantém-se inalterado desde a apresentação ao parlamento da 1.ª proposta de lei: Proposta de Lei n.º 117/I (*vide* nota de rodapé n.º 283).

<sup>319</sup> *Vide* nota de rodapé n.º 295.

<sup>320</sup> Por esta razão e tendo por referência o Código anterior (que não diverge neste aspecto do projecto de Eduardo Correia), FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Da participação criminosa*. cit., pp. 84 e s., observa criticamente: “Partindo-se do princípio falso de que o crime é essencialmente o evento, o resultado criminoso da atividade humana isolada ou associada, procurou-se definir a acção do autor em função da sua natureza causal relativamente ao evento”.

- executa o facto por si mesmo (cfr. art. 26.º, 1.ª alternativa, CP).

Este é o autor, por excelência, cujo conceito resulta já da interpretação dos diversos tipos legais de crime previstos na Parte Especial e que corresponde ao autor material do art. 20.º, n.º 1, 1.ª parte, do Código Penal de 1886, ou do art. 27.º, n.º 1, do ProjPG de 1963.

Executando de mão própria a totalidade da acção típica, esta figura jurídico-penal admite apenas na perspectiva da teoria objetivo-formal da comparticipação criminosa<sup>321</sup> a eventual intervenção de partícipes (instigador e/ou cúmplice) na produção do resultado lesivo. Todavia, segundo a teoria do domínio do facto, que à semelhança daquela outra corrente doutrinária subscreve, também, um conceito restritivo de autoria, aceita-se que, para além do autor imediato ou directo (que detém o chamado “domínio da acção”), outra(s) pessoa(s) possa(m) intervir ainda a título de autoria. Solução esta que o actual Código Penal admite, na medida em que considera, igualmente, autor quem

- executa o facto (...) por intermédio de outrem (cfr. art. 26.º, 2.ª alternativa, CP).

Como afirma, a meu ver, acertadamente Cavaleiro de Ferreira “a execução por intermédio de outrem é ainda execução por outrem”, de outro modo estar-se-ia a “admitir uma diversa noção de execução no âmbito do mesmo artigo; e, ainda mais, uma noção (...) em manifesta contradição com a noção de execução como ela nos é dada no seu lugar próprio – na definição de tentativa (art. 22.º) – e que é uma definição com base no elemento objectivo do facto<sup>322</sup>”.

Certo há casos em que o executor não pode sequer ser tido como autor uma vez que actua atipicamente (isto é, sem dolo do tipo): v.g., A convence B a destruir uma pintura que afirma pertencer a este último, mas que, por qualquer motivo, lhe causa um doloroso mal-estar; B, desejoso de agradar a A, acede, ignorando, porém, que a dita pintura é, afinal, propriedade de C, que está desavindo com A. Destarte, A é o autor exclusivo e mediato de um crime de dano (só punível havendo dolo) executado em “erro sobre a factualidade típica” (que exclui o dolo do tipo *ex vi* art. 16.º, n.º 1, CP) por B, na medida em que ele desconhece o carácter alheio da coisa destruída (cfr. art. 212.º, n.º 1, CP).

---

<sup>321</sup> De acordo com a teoria objetivo-formal da comparticipação criminosa, é autor quem executa (total ou parcialmente) a acção descrita nos tipos da parte especial.

<sup>322</sup> FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – I. cit.*, p. 483.

Porém, em todas as outras situações em que o homem-da-frente - apesar de estar em erro, sob coacção ou ser simplesmente fungível - actua tipicamente, ele é autor imediato (detém o “domínio da acção”), não obstante não ser ou poder não ser penalmente responsável, diversamente do homem de trás cuja responsabilidade criminal como autor mediato se funda no “domínio da vontade” (ou “instrumentalização”) do agente material. É a este respeito sugestivo o exemplo dado por Roxin: “Se um rei subjuga um vice-rei rebelde apenas terá conseguido por essa via dominar a província do segundo se o vice-rei, por sua vez, tiver a província sob o seu poder. Caso contrário, toda a operação careceria de sentido e o rei ver-se-ia obrigado a conquistar a província de mão própria<sup>323</sup>”. Em definitivo, no âmbito de uma teoria do domínio do facto nada obsta a que possa haver um “autor por detrás do autor” sempre que, em virtude de serem diferentes os respectivos pressupostos, coexistirem formas diversas de domínio sobre o mesmo facto<sup>324</sup>.

Tendo presente as lacunas de punibilidade atrás referidas (lacunas essas – recordemo-lo – impostas pela acessoriedade limitada a que no projecto primitivo se sujeitara a autoria moral ou mediata), a presente forma concreta de autoria serve ao nosso legislador para preencher plena e validamente<sup>325</sup> aquelas lacunas. Com efeito, actuando o sujeito-de-trás ainda como autor a sua responsabilidade jurídico-penal é autónoma sendo, destarte, integrável “a corpo inteiro” nos diversos tipos de crime da parte especial. Finalmente, também é autor (*rectior*, co-autor) quem

- toma parte directa na execução do facto, por acordo ou juntamente com outro ou outros (cfr. art. 26.º, 3.ª alternativa, CP).

No projecto primitivo, usa-se a copulativa “e” a seguir à palavra “acordo”, opostamente ao que se verifica no texto definitivo em que se emprega a disjuntiva “ou”. Assim, deve entender-se que há co-autoria ainda que não exista acordo (expresso ou tácito) entre os intervenientes: são, designadamente, as hipóteses da chamada “autoria paralela” em que duas ou mais pessoas, independentemente

<sup>323</sup> Citado em português a partir de ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p. 158.

<sup>324</sup> Por regra, fala-se de “autor atrás do autor” apenas quando ambos os intervenientes são penalmente responsáveis. Sendo, porém, a autoria uma figura do tipo objetivo de ilícito, desde que o agente actue tipicamente consideramo-lo autor, independentemente da respectiva responsabilidade criminal.

<sup>325</sup> Ainda que seja discutível afirmar que a autoria mediata está já *de per se* incluída na descrição típica dos artigos da parte especial, a referência que lhe é expressamente feita na parte geral permite assegurar sem margem para dúvida o respeito pelo princípio da legalidade criminal. *Vide* a este propósito BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal – II*. cit., pp. 407 e s. (nota 346).

uma(s) da(s) outra(s), produzem com a sua actuação o mesmo resultado típico<sup>326</sup>. Em todo o caso, à luz da teoria do domínio do facto não se pode falar aqui de co-autoria resultando, portanto, estranha a sua inclusão nesta 3.<sup>a</sup> alternativa do art. 26.º a par da co-autoria propriamente dita<sup>327</sup>.

Quanto a esta última, são dois os pressupostos dogmáticos fundamentais: 1) decisão conjunta, tendo esta necessariamente por objecto a prática da totalidade do facto ainda que com repartição de tarefas ou papéis pelos diversos comparsas. Ensina Figueiredo Dias que “a razão da exigência deste elemento compreende-se porque só através dele se pode justificar que responda pela totalidade do delito o agente que por si levou a cabo apenas uma parte da execução típica<sup>328</sup>”; 2) execução conjunta, devendo cada co-autor intervir directamente na realização da acção descrita no respectivo tipo de ilícito da parte especial, mas de tal modo que “só podem executar o seu plano actuando conjuntamente, sendo, porém, certo que individualmente podem obstar à realização do plano acordado retirando a sua colaboração. Nesta medida cada um tem o facto nas suas mãos<sup>329</sup>”.

Verificados estes pressupostos diz-nos Roxin que há autoria (*rectior*, co-autoria) por “domínio do facto funcional”. Há, todavia, Autores que se satisfazem com um “domínio negativo do facto” por parte do co-autor: isto é, existe co-autoria desde que, para além da decisão conjunta, cada um dos intervenientes possa obstar à consumação interrompendo a sua participação no facto punível. Traduzindo-se esta conclusão, não apenas numa extensão, porventura, excessiva do âmbito da autoria, mas, também, numa dificuldade acrescida no que respeita à distinção entre co-autoria e cumplicidade, García Conlledo mantendo-se fiel à teoria do domínio do facto propõe um outro critério, em conformidade com o qual “a co-autoria só se verifica quando várias pessoas sob acordo e repartindo entre si as diversas tarefas realizam conjuntamente a acção que determina positivamente o ‘se’ e o ‘como’ do

---

<sup>326</sup> Diversamente, VALDÁGUA, Maria Conceição. *Início da tentativa do co-autor*. 2.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Lex, 1993, pp. 124 e ss. sustentando que “juntamente” pressupõe tal como o acordo “a consciência e vontade plurilateral de colaboração”. Assim, explica a redacção dada ao art. 26.º, 3.<sup>a</sup> alternativa, “pelo desejo do legislador de afastar a posição frequentemente assumida pela jurisprudência portuguesa, na vigência do anterior Código, que ia no sentido de exigir, para a existência de co-autoria, um acordo prévio”.

<sup>327</sup> A “autoria paralela” traduz-se ou na actuação simultânea de dois ou mais autores singulares dolosos (subsumível, portanto, na 1.<sup>a</sup> alternativa, art. 26.º, CP) ou na intervenção conjunta de dois ou mais autores negligentes (esta, sim, enquadrável na 3.<sup>a</sup> alternativa, art. 26.º, CP, mas apenas na perspectiva da teoria formal-objectiva).

<sup>328</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., pp. 791 e s.

<sup>329</sup> Citado em português a partir de ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p. 309.

facto<sup>330</sup>”. Ou seja: cada co-autor deve deter, não apenas o “domínio negativo”, mas, também, o “domínio positivo” do facto.

### III.2.2. Instigador

Estatui o artigo 26.º, 4.ª e última alternativa, CP: “É punível como autor (...) ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”.

Comparativamente às formas particulares de autoria já referidas (autoria singular, autoria mediata e co-autoria), a instigação evidencia *ex lege* as particularidades seguintes:

- a respectiva tipificação inicia-se pela palavra “ainda”, sendo possível, destarte, admitir, interpretativamente, que esta figura juspenal se integra no conceito legal de autoria somente por razões de “merecimento e necessidade de pena”<sup>331</sup>;
- mais relevante, contudo, é a constatação que só relativamente à instigação se verifica a exigência legal de “execução ou começo de execução” do respectivo crime.

Assim, discute-se amplamente na nossa doutrina juspenalística a verdadeira natureza jurídica da instigação: autoria, participação *stricto sensu* ou, eventualmente, um *tertium genus* entre a autoria e a participação? Figueiredo Dias que, para além da particular *auctoritas* que lhe é reconhecida, tem a seu favor a circunstância histórica de ter sido ele o redactor das “alterações que deram origem aos arts. 26.º e 27.º hoje vigentes<sup>332</sup>”, inclui sem hesitação a instigação no sentido

<sup>330</sup> Citado em português a partir de GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. *La autoría en derecho penal*. cit., p. 677.

<sup>331</sup> Entendemos por “merecimento” e “necessidade” de pena, respectivamente, o maior ou menor desvalor ético-social de uma determinada conduta e a repercussão desse desvalor à luz da teoria dos fins das penas. Porém e como afirma ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p. 50, a consideração deste critério normativo como fundamento de diferenciação entre as diversas formas de intervenção no facto punível traduzir-se-ia “(...) em ‘criminologizar’ as formas de participação contrariando a essência da dogmática penal e o sentido da delimitação em discussão”.

<sup>332</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 774. Por esta razão, afirma: “Quem queira pois continuar a discutir a pertinência da instigação à autoria, mas não deseje sujeitar-

do art. 26.º entre as formas particulares de autoria. Assim, argumenta<sup>333</sup>: 1) conhecendo o legislador português a menção tripartida da lei alemã (isto é, a autoria disciplinada no & 25, a instigação no & 26 e a cumplicidade no & 27, todos eles do StGB) e a consequência doutrinal que resulta da exclusão da instigação do âmbito da autoria e da sua inclusão, juntamente com a cumplicidade, no conceito superior de participação, não foi por ligeireza, mas deliberadamente, que se decidiu por acolhê-la a par da autoria, imediata e mediata, e da co-autoria sob o “tecto” comum da autoria em sentido amplo – art. 26.º, CP -, mandando punir os respectivos agentes de igual modo; 2) o instigador é o verdadeiro “senhor” do facto (sem prejuízo da plena responsabilidade penal do agente imediato), na medida em que detém o “domínio da decisão”: é ele “quem produz ou cria de forma cabal – podia talvez dizer-se, pedindo ajuda à língua francesa: quem fabrica *de toutes pièces* – no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um concreto ilícito típico<sup>334</sup>”; 3) todas as outras situações ainda subsumíveis num conceito amplo de instigação (designadamente, o incentivo, o aconselhamento, a sugestão, a indução, etc.) não são já autoria, mas sim cumplicidade. Daí a proposta de Figueiredo Dias de uma consideração juspenal bipartida da noção “vulgar” de instigação: “instigação-determinação” que é autoria no sentido do art. 26.º, 4.ª alternativa, CP; e “instigação-auxílio” que é cumplicidade à luz do art. 27.º, n.º 1, 2.ª alternativa, CP; 4) a consideração da instigação como forma concreta de autoria permite-nos evitar um alargamento excessivo do âmbito da autoria mediata, a expensas do verdadeiro critério delimitador desta figura juspenal que é o princípio da auto-responsabilidade. Assim, certos casos ou grupos de hipóteses (designadamente, aqueles que são conhecidos sob as epígrafes “domínio da organização” e “aliciamento”, respectivamente) que, no entender dos autores que partilham da compreensão germânica bipartida da participação *stricto sensu*, ou são ainda autoria mediata<sup>335</sup> ou subsumem-se já no conceito secundário de instigação (dando,

---

se à censura de substituir as suas próprias valorações doutrinárias às valorações legais legitimamente editadas, terá pelo menos de deslocar a discussão do plano dogmático para o da crítica legislativa e do direito a constituir (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 798).

<sup>333</sup> Segue-se de perto o discurso argumentativo constante de DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., pp. 797 e ss.

<sup>334</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 799.

<sup>335</sup> Merece especial referência a tese defendida, entre nós, por Conceição Valdágua segundo a qual pertencem ainda à autoria mediata todos os casos em que se verifica uma subordinação voluntária do executor à decisão criminosa de o “homem-de-trás”, subordinação esta que existiria sempre que –

eventualmente, origem, nesta segunda alternativa, a criticáveis lacunas de punibilidade em virtude das regras gerais de acessoriedade que são próprias da intervenção no facto principal alheio), afirmam-se, pelo contrário e em verdadeiro rigor, como situações paradigmáticas de instigação que é autoria; 5) a exigência legal de que “haja execução ou começo de execução” nada tem a ver com a qualificação da instigação como autoria ou participação, sendo antes um imperativo político-criminal derivado da “ideia de que, sendo o processo de determinação essencialmente interno ou psicológico, entendeu a lei sublinhar de forma expressa que a determinação só pode considerar-se verificada quando conduza à prática pelo instigador de acto(s) que a revele(m) e execute(m) – também poderia dizer-se: que a exteriorize(m)<sup>336</sup>”.

De entre as razões invocadas para contrariar a posição doutrinária anterior, parece-nos, particularmente, relevante a seguinte: o processo de resolução criminosa compreende duas fases psiquicamente distintas, reconduzindo-se uma delas à vontade de praticar o facto, a outra à decisão de o realizar. Assim, diversamente da vontade que, seja por coacção, seja por erro, é susceptível de domínio ou manipulação alheia, já a decisão constituindo a afirmação pessoal dessa vontade pressupõe ontologicamente a plena autonomia do respectivo agente. Neste sentido, concordamos com Helena Morão quando sustenta que “a ideia de um domínio da decisão do autor material exercido pelo instigador revela em si mesma traços antinómicos, i. e., é incompatível com a liberdade de decisão do instigado<sup>337</sup>”. Isto é verdade mesmo nos casos de “domínio de a vontade em virtude de estruturas de poder organizadas”<sup>338</sup>: é porque o “homem sentado à secretária” domina, abstractamente ou num juízo de prognose póstuma, a *vontade* (fungível) do executor material que se pode afirmar a plena responsabilidade penal do agente mediato (ordenante), não obstante o concreto e singular executante conservar uma

---

mas apenas quando – a resolução de o “homem-da-frente” dependa, em definitivo, da actuação do agente mediato, em termos de se poder dizer “(...) que, ao tomar a resolução criminosa, que foi determinada ou co-determinada por aquela actuação, o agente imediato aceitou não executar o facto punível, no caso de o agente da retaguarda vir depois a comunicar-lhe que já não quer que esse facto seja praticado” (VALDÁGUA, Maria Conceição. “Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato?”, em ANDRADE, M. Costa *et alteri* (orgs.). *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, *maxime* pp. 663 e ss.).

<sup>336</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 809.

<sup>337</sup> MORÃO, Helena. *Da instigação em cadeia*. cit., p. 35.

<sup>338</sup> *Vide*, por todos, ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., pp. 269 e ss.



*vontade e decisão próprias* que possibilitam que lhe seja, também, imputável, a título de autoria imediata, o crime praticado sob as instruções do mandante.

A este argumento acrescentamos outro que os nossos juspenalistas aduzem mas noutra perspectiva<sup>339</sup>: a exigência legal “desde que haja execução ou começo de execução” conduz-nos à negação da instigação como forma particular de autoria. Efectivamente, parece-nos dogmaticamente inconciliável afirmar, por um lado, que se é autor porque se domina o facto, estando-se, pois, em condições para levar o ilícito típico à consumação (domínio positivo) ou, em alternativa, interromper a todo o tempo a sua execução (domínio negativo), e, por outro, caracterizar *ex lege* como meramente preparatórios (isto é, objectivamente desprovidos de um perigo típico ou próximo para o bem jurídico protegido) todos os actos praticados pelo instigador. A nosso ver, só poderá ser autor à luz da teoria roxiniana de autoria quem executa o facto, seja totalmente (autor singular), seja parcialmente (co-autor), seja ainda porque, ao menos, inicia a sua execução (autor mediato). Assim, traduzindo-se o domínio do facto numa unidade de sentido objectiva-subjectiva<sup>340</sup>, não poderá, objectivamente, haver domínio sem execução, na medida em que só esta poderá emprestar à intervenção do agente o controlo decisivo sobre o *se* e *como* da realização típica que o domínio do facto pressupõe.

Tudo visto e ponderado, somos, todavia, levados a concluir com Figueiredo Dias, mas por razões diferentes, que a instigação é ainda, na nossa lei penal vigente, uma forma particular de autoria. Efectivamente, subsiste aí a concepção causalista do autor do projecto primitivo. Senão vejamos: elimina-se a acessoriedade qualitativa (limitada) assegurando-se, consequentemente, a responsabilidade autónoma que é própria do autor, sem prejuízo de uma acessoriedade meramente quantitativa<sup>341</sup>. Esta última tem a nosso ver um significado paralelo à exigência

---

<sup>339</sup> Não é pela razão apontada em texto que se argumenta contra a tese da instigação como autoria, mas, sim, porque a exigência legal a que nos referimos - expressa e exclusivamente prevista *ex art.* 26.º, 4.ª alternativa, CP, para esta forma particular de intervenção criminosa - indicia a sua acessoriedade qualitativa (*vide*, entre outros, BELEZA, Teresa Pizarro. “Illicitamente comparticipando”. *cit.*, pp. 597 e 603 (nota 12); MORÃO, Helena. *Da instigação em cadeia*. *cit.*, p. 32).

<sup>340</sup> Nas palavras paradigmáticas de DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. *cit.*, p. 766, a teoria do domínio do facto “faz surgir o facto como unidade de sentido objectiva-subjectiva: ele aparece, numa sua vertente como obra de uma *vontade* que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma contribuição para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado objetivo”.

<sup>341</sup> Sobre a distinção dogmática entre acessoriedade quantitativa e acessoriedade qualitativa *vide*, entre outros, MONTEIRO, Henrique Salinas. *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*. *cit.*, p. 147.

prevista no art. 27.º, n.º 3, *in fine*, ProjPG: “e não houvesse sido cometido sem aquela determinação”<sup>342</sup>. Isto é, impõe-se, ao menos, o início de execução do facto de modo a evidenciar a *essencialidade* ou *necessidade* da determinação (instigação) no que respeita à realização do crime pelo agente imediato ou executor. Em confirmação da plausibilidade desta nossa interpretação podemos ainda convocar o próprio texto legal respeitante à autoria e cumplicidade que resulta da 1.ª revisão ministerial (art. 32.º): aí a distinção entre a relevância causal daquelas duas modalidades de participação criminosa – autoria e cumplicidade – faz-se, precisamente, por referência à execução do crime (isto é, diversamente da autoria moral que só existe “desde que haja execução ou começo de execução do crime”, a cumplicidade verifica-se “sempre que a contribuição ou auxílio não tenha sido essencial para a execução do crime”).

Finalmente, conserva-se como no projecto primitivo o carácter doloso da intervenção do instigador, constituindo este “segmento legal” uma restrição à tipicidade da autoria em geral. Diz a este respeito Cavaleiro de Ferreira que “a única restrição – e essa criticável por desconforme com a restante regulamentação – é a que consta da definição do instigador ou, melhor dizendo, de uma espécie dentro da categoria dos autores morais”<sup>343</sup>. Em contrapartida e opostamente ao previsto no art. 27.º, n.º 3, ProjPG, não se exige, expressamente, que a instigação seja directa. Todavia, reiteramos a opinião – que enunciámos já – de que existe interrupção do nexo de causalidade quando entre a actuação do agente mediato e o evento se interpõe a intervenção dolosa de outrem, negando-se, destarte, a admissibilidade da chamada “instigação à instigação” (sem prejuízo de se considerar como cúmplice aquele que convence o instigador directo a agir)<sup>344</sup>.

---

<sup>342</sup> É de notar que a redacção do art. 27.º, n.º 3, ProjPG, se revela, parcialmente, redundante. Assim, será desnecessário afirmar “sempre que este, ao menos em começo de execução, se tenha praticado” quando imediatamente antes se exige já a prática de um facto ilícito pelo executor. Portanto, em bom rigor o citado preceito deveria ter sido redigido da seguinte forma: “Determinando – quer singular, quer por acordo e conjuntamente com outro ou outros – directa e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito, sempre que este não houvesse sido cometido sem aquela determinação”. Isto numa perspectiva puramente formal, já que materialmente o artigo em causa contém, a nosso ver, contradições dogmático-normativas insanáveis que obrigam – como se disse já – a considerar a autoria moral aí prevista não uma forma particular de autoria, mas, sim, de participação *stricto sensu*.

<sup>343</sup> FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – I. cit.*, p. 484.

<sup>344</sup> Dir-se-á, porém, que, obrigando a intervenção dolosa de um terceiro à interrupção do nexo de causalidade, também o instigado – que é autor imediato – obsta à imputação objectiva do resultado típico ao instigador (autor moral). A nosso ver, tal não se verifica em virtude de serem distintos os

Aliás, assim como na cumplicidade se fala unicamente de o auxílio prestado àquele que pratica o facto principal (cfr. art. 27.º, n.º 1, CP), também na instigação se refere apenas o agente que *de per se* determina o autor imediato (cfr. art. 26.º, 4.ª alternativa, CP). Dito de outro modo: tanto a cumplicidade mediata como a instigação indirecta significam um alargamento proibido da tipicidade à luz do princípio da legalidade criminal.

#### III.2.3. Cúmplice

O cúmplice que é na interpretação que fazemos do prescrito pelo legislador dos finais do século XIX o interveniente criminoso menos censurável e na perspectiva do reformador da década de sessenta a causa não essencial do resultado proibido, afirma-se, agora, como o partícipe doloso no facto principal praticado pelo autor. Assim, estabelece-se no art. 27.º, n.º 1, CP, que “é punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”. Não tem, pois, este participante criminoso o domínio do facto, sob qualquer uma das suas formas, estando ainda a respectiva punição dependente da actuação tipicamente ilícita de um terceiro que é o autor do crime (acessoriedade qualitativa limitada). Diz Figueiredo Dias: “participação e cumplicidade são (...) sinónimas, a primeira de extracção doutrinal, a segunda de extracção legal<sup>345</sup>”.

Em si mesma a cumplicidade punível constitui uma extensão extrema da tipicidade que é própria das diversas descrições legais de crime da parte especial. Por outro lado, o resultado proibido só será objectivamente imputável à actuação do cúmplice à luz da teoria roxiniana da “conexão de risco”: aquela actuação coadjuvante não se apresenta num juízo de prognose póstuma ou *ex ante* como causa adequada ou idónea do resultado típico, sendo certo, porém, que “potencia” ou aumenta o risco não permitido que se materializa na lesão efectiva ou na simples colocação em perigo do bem jurídico concretamente protegido. Efectivamente, o cúmplice limita-se a auxiliar, ainda que dolosamente, o autor ou autores do facto

---

pressupostos dogmáticos das respectivas intervenções criminosas: diversamente do instigador que é autor porque se afirma como causa do facto (sendo, aliás, suficiente o início de execução), o agente imediato é-o porque detém o “domínio da acção” praticando de mão própria o crime, causalmente, instigado.

<sup>345</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 824.

principal doloso, prestando-lhe(s) assistência material e/ou moral. Cavaleiro de Ferreira, ignorando o preceito alemão (& 27, StGB) que é a fonte quase literal do nosso, reconduz os actos de auxílio material à previsão do art. 22.º, n.º 2, (“os que concorreram directamente para facilitar ou preparar a execução nos casos em que, sem êsse concurso, pudesse ter sido cometido o crime”), e os actos de auxílio moral à do art. 22.º, n.º 1, (“os que directamente aconselharam ou instigaram outro a ser agente do crime, não estando compreendidos no artigo 20.º”), ambos do Código Penal de 1886.

Em todo o caso, “quer nós entendamos que esta ideia de essencialidade ou não da participação se deve reconduzir àquela ideia tradicional, que vem de Farinacio no século XVI, de que são autores ou cúmplices as pessoas que dão uma participação essencial ou não, quer nós pretendamos interpretar ou aplicar estas disposições socorrendo-nos da ideia mais moderna, mas que não é totalmente separada desta, do domínio do facto – o autor tem de ter o domínio do facto, o cúmplice não tem esse domínio do facto<sup>346</sup>”, reconhece-se “que a prática do facto do autor não tem de ficar na dependência do contributo do cúmplice: basta que este favoreça aquele<sup>347</sup>”; por outro lado, tem-se entendido que o momento temporal específico da cumplicidade é o da fase de preparação: “será durante esta fase que, as mais das vezes, o cúmplice prestará auxílio material ou moral ao facto do autor<sup>348</sup>”.

Em virtude da cumplicidade constituir uma forma ancilar de realização do facto contribuindo apenas para aumentar as hipóteses de violação do bem juridico-penal, concretamente, protegido, entende o legislador que ela deverá ser punida com “a pena fixada para o autor, especialmente atenuada” (cfr. art. 27.º, n.º 2, CP).

<sup>346</sup> BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal – II*. cit., p. 420.

<sup>347</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 835.

<sup>348</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 832.

#### III.3. Conclusões

Da interpretação que fizemos do artigo 26.º, CP, conclui-se que entendemos estar aí consagrado um conceito extensivo de autoria, mas à custa de concepções divergentes sobre esta forma de participação principal no facto punível. Assim, se as três primeiras alternativas do citado artigo (autoria singular, autoria mediata e co-autoria, respectivamente) podem e devem ser analisadas à luz da teoria do domínio do facto, já a quarta alternativa (instigação) nos parece pelas razões aduzidas não ser enquadrável naquela teoria. Todavia, poder-se-ia concluir com a generalidade da nossa doutrina que, destarte, a instigação seria já participação num facto alheio à semelhança da cumplicidade (participação *stricto sensu*).

Não creio, porém, que essa seja a melhor interpretação do conteúdo dogmático-legal desta particular figura de direito penal. É que partindo do projecto primitivo de Eduardo Correia (art. 27.º), que assenta como sabemos numa ideia de causalidade necessária ou essencial, verificar-se-á que a exigência legal da “prática de um facto ilícito” por parte do executor como *conditio sine qua non* da punição do autor moral (art. 27.º, n.º 3) introduz no respectivo preceito uma contradição dogmático-normativa insanável que nos obriga – como referimos já – a considerar aquela forma concreta de intervenção criminosa como participação propriamente dita, não como autoria. Essa contradição está, contudo, resolvida na versão final em vigor mediante a supressão da acessoriedade qualitativa, supressão esta que, para além de possibilitar a subsunção legal de certas situações hipotéticas que constituiriam lacunas de punibilidade à luz do projecto primitivo, nos permite atribuir à intervenção do instigador segundo a concepção causalista do Autor do projecto a qualidade de autor. Aliás, sendo a acessoriedade – como sustentámos já – meramente “quantitativa”, poderá acontecer não existir autor material, revelando-se a instigação uma autoria simples *sui generis* (e não qualquer forma ou espécie de comparticipação)<sup>349</sup>.

Será este, por certo, o motivo principal que leva Figueiredo Dias a afirmar que “a redacção encontrada para os actuais arts. 26.º e 27.º do CP representou, de alguma forma, o produto de uma *transacção* entre a concepção causalista de

---

<sup>349</sup> Vide a este respeito CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – II*. cit., p. 252, nota 1.

Eduardo Correia e a teoria do domínio do facto<sup>350</sup>”. Em todo o caso, essa “transacção” prejudica a certeza ou determinabilidade do prescrito no artigo respeitante à “autoria” (art. 26.º, CP), na medida em que se traduz numa tentativa de articulação legislativa entre dois conceitos opostos e, em verdadeiro rigor, inconciliáveis de autoria: um restritivo em conformidade com o qual é autor quem executa o facto; outro extensivo segundo o qual é autor quem dá causa ao facto.

Por outro lado, entendendo o “domínio do facto” como a teoria à luz da qual só é autor “(...) quem toma a execução ‘nas suas próprias mãos’ de tal modo que dele depende decisivamente o *se* e o *como* da realização típica<sup>351</sup>” (os grifos são do Autor), parece inquestionável que, também, o co-autor deverá deter, não apenas o domínio negativo do facto (a capacidade de obstar à sua consumação), mas ainda o seu domínio positivo (a capacidade de levá-lo à consumação). Todavia, esta dupla exigência dogmática obrigará, por certo, a considerar como “cúmplice” pessoas tradicionalmente qualificadas como “co-autor”.

A esta e outras questões suscitadas pela interpretação que fazemos do conteúdo dogmático-legal do artigo 26.º, CP, respondem, também, os tribunais na aplicação que promovem daquela norma juspenal às situações concretas que lhes cabe apreciar e decidir. Será, pois, destas decisões judiciais que nos ocuparemos, fundamentalmente, na terceira e última parte do presente estudo, procurando confrontar a nossa análise crítica, não apenas com o entendimento que o Tribunal Constitucional vem desenvolvendo no que respeita ao cumprimento dos ditames do princípio da legalidade em direito penal, mas, também, com as aquisições jurisprudenciais internacionais em sede de autoria, particularmente do Tribunal Penal Internacional.

---

<sup>350</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 773. Não totalmente coincidente com a nossa interpretação (considerando a instigação participação secundária ou lateral, não autoria), mas sublinhando, também, o carácter compromissivo da disciplina legal da comparticipação criminosa, PEREIRA, Maria Margarida Silva. “A comparticipação criminosa depois do Código Penal de 1982...”. cit., p. 816: “A comparticipação criminosa é no nosso Código herdeira de uma síntese em que laboram o causalismo de Eduardo Correia, o ‘domínio do facto’ de Roxin, e uma sua interpretação que admite adaptações de acordo com os modelos e previsíveis acolhimentos nacionais, que Figueiredo Dias magistralmente utilizou (...)”.

<sup>351</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral*. cit., p. 765.

*Parte Terceira*

**ANÁLISE E CRÍTICA DOS ACTUAIS CRITÉRIOS  
DE APLICAÇÃO JURISDICIONAIS  
DE O “CONCEITO LEGAL DE AUTORIA”**





## I

### A JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL E O CONCEITO DE AUTORIA

Tradicionalmente, o direito penal afirma-se “como o símbolo político da soberania dos Estados e a proibição penal do crime como a expressão dos sentimentos que são próprios de cada comunidade em particular<sup>352</sup>”. Todavia, este ramo do direito à semelhança de todos os outros dificilmente poderia passar à margem da crescente internacionalização das comunidades nacionais: isto é, da chamada “globalização” que constitui hoje tema recorrente de análise por parte dos mais diversos especialistas - economistas, sociólogos, historiadores, juristas, etc. Diz António Hespanha: “Do ponto de vista dos mecanismos normativos tradicionais do Estado, há – seja como for, em que âmbito for e por quanto tempo for – diferenças substanciais a assinalar, pois o impacto das normas internacionais sobre o ordenamento interno dos Estados é cada vez maior, acompanhando esta tendência para a globalização<sup>353</sup>”.

No que respeita ao direito penal em particular<sup>354</sup>, a sua internacionalização processa-se em dois sentidos: por um lado, verifica-se a integração no direito penal interno de regras ou princípios que têm origem no direito internacional público (regional e mundial); por outro, assiste-se à judicialização do direito internacional penal mediante a criação de instâncias jurisdicionais supranacionais de natureza criminal. No âmbito deste quadro de “globalização”, os modelos adoptados divergem de Estado para Estado. Destarte, alguns países preferem ainda um “modelo dualista” que reconduz o direito internacional à vontade soberana dos

---

<sup>352</sup> Citado em português a partir de DELMAS-MARTY, Mireille. “Le droit pénal comme éthique de la mondialisation”, em *Cahiers de défense sociale*, ns.º 34-35, ano 2007-2008, p. 33.

<sup>353</sup> HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 442 e s.

<sup>354</sup> Segue-se de perto DELMAS-MARTY, Mireille. “Le droit pénal comme éthique de la mondialisation”. cit., pp. 34 e ss.

Estados e é em si contrário a um verdadeiro direito internacional, diferentemente da larga maioria que opta por um “sistema monista” com prevalência do direito internacional (o monismo com primado do direito interno não será mais do que a negação do direito internacional). Todavia, adverte Delmas-Marty que “o modelo universalista (monismo: pirâmide à escala mundial) é igualmente criticado, nomeadamente quando é internamente recusado pelos Estados mais poderosos (E.U.A), mas utilizado por esses mesmos Estados como instrumento de domínio de outros<sup>355</sup>”.

Assim, há hoje quem sustente a implementação de modelos alternativos face aos tradicionais (“monista”/“dualista”), recordando que o próprio Tribunal Penal Internacional/TPI converteu nos respectivos Estatutos o primado em complementaridade: só se um Estado “não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou não tenha capacidade efectiva para o fazer”, o TPI será competente para apreciar e decidir a situação *sub judicio* (cfr. art. 17.º, do Estatuto de Roma<sup>356</sup>): para além de um novo modelo monista sujeito a uma lógica liberal, ou até ultra-liberal, “que substitui a pirâmide pela rede, sendo que é suposto que a integração se faça de modo espontâneo (autopoiese), através do ‘jogo’ das interações horizontais e por auto-regulação<sup>357</sup>”, aponta-se para sistemas complexos, nem monistas nem dualistas, mas *pluralistas* porque “articulam o universalismo do direito internacional com o relativismo inerente à diversidade dos direitos nacionais. (...) Pode-se encontrar aí as duas variáveis do pluralismo: a variável *legalista* que procura reduzir a insegurança jurídica, reintroduzindo a certeza e a previsibilidade (...); e a variável *humanista* que ensaia corrigir as incoerências através do ‘jogo’ das interpretações cruzadas entre o direito penal e os direitos humanos (pensa-se aqui, por exemplo, no papel dos tribunais europeu e inter-americano)<sup>358</sup>”.

<sup>355</sup> Citado em português a partir de DELMAS-MARTY, Mireille. “Le droit penal comme éthique de la mondialisation”. cit., p. 41.

<sup>356</sup> O Estatuto de Roma é o tratado constitutivo do TPI, tendo sido aprovado, entre nós, através da Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002, de 18 de Janeiro, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002, de 18 de Janeiro.

<sup>357</sup> Citado em português a partir de DELMAS-MARTY, Mireille. “Le droit penal comme éthique de la mondialisation”. cit., p. 41.

<sup>358</sup> Citado em português a partir de DELMAS-MARTY, Mireille. “Le droit pénal comme éthique de la mondialisation”. cit., p. 42.

Será que estas novas vias de internacionalização (particularmente, a última) se revelarão capazes de permitir ao direito em geral - e também ao direito penal - um contributo efectivo e válido para “uma ética da mundialização”, para a tal unidade moral da humanidade que Bauman segundo refere António Hespanha acredita ser possível, mas “não como o produto final da globalização do domínio de poderes políticos com pretensões éticas universais (v.g., ‘o Eixo do Bem’), mas (...) como um projecto de uma moral que encara de frente, sem tentativas de fuga, a ambivalência inerente e incurável na qual esta responsabilidade se molda<sup>359</sup>”? Apesar de toda a incerteza, estamos em crer que os tribunais internacionais de direitos humanos, assim como o TPI, poderão desempenhar na construção desse projecto ético mundial um papel muito significativo.

Todavia e para que assim seja, não podem nem devem os tribunais nacionais – *maxime*, os Supremos Tribunais - furtar-se a um diálogo entre jurisdições num espaço que alguns designam já por “sociedade de tribunais”, espaço este que, tendo por acervo comum os valores que informam as nossas actuais comunidades democráticas, não está sujeito a nenhum modelo prévio, hierárquico-normativamente estruturado. Antes a progressiva harmonização de jurisprudências – interna e externa – deve ser construída a partir das convergências e divergências que as situações da vida *sub judice* suscitem, sendo certo que a métodos de análise fáctica, eminentemente, indutivos próprios do sistema da *common law* se contrapõem outros - os de o “sistema continental” - que privilegiam a vinculação à lei editada pelas maiorias parlamentares. Em todo o caso e como acentua Henriques Gaspar, “a maior completude das referências acrescenta dimensão às perspectivas sobre os problemas, permite diversos planos complementares de análise, traz escala maior que os círculos fechados do interior dos sistemas nacionais e, por isso, enriquece os pressupostos de apreciação e decisão, reforçando consequentemente a independência<sup>360</sup>”.

## I.1. Tribunal Penal Internacional

---

<sup>359</sup> BAUMAN, Z. *Postmodern ethics*. Oxford: Blackwell, 1993, p. 15, *apud* HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*. cit., p. 508.

<sup>360</sup> GASPAR, António Henriques. “A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional”, em *Revista Julgar*, n.º 7, 2009, p. 45.

Quase quinze anos após a adoção do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma/ER<sup>361</sup>) e dez sobre a sua entrada em vigor<sup>362</sup>, têm hoje lugar no TPI diversos procedimentos criminais, todas eles centrados em países africanos, a saber:

### **República do Uganda**

- um procedimento contra o presidente e comandante-chefe do Exército de Libertação do Senhor (LRA), e três dos seus mais altos comandantes militares, pela alegada prática de crimes contra a humanidade e crimes de guerra (homicídio, ofensas graves à integridade física, saques, escravatura sexual, violação, recrutamento de menores de 15 anos, etc.<sup>363</sup>);

### **República Democrática do Congo**

- um procedimento contra o presidente da União dos Patriotas Congolese/Ajuntamento para a Paz (UPC/RP) e comandante-chefe do seu braço armado, as Forças Patrióticas para a Libertação do Congo (FPLC)<sup>364</sup>;

---

<sup>361</sup> No decurso de uma conferência internacional realizada em Roma de 15 a 17 de Julho de 1998, 120 Estados participantes votaram a favor da criação de um tribunal penal internacional com competência para julgar os responsáveis por crimes particularmente graves que afectam a paz, a segurança e o bem-estar das populações: crime de genocídio, crimes contra a Humanidade e crimes de guerra (cfr. arts. 5.º a 8.º, ER).

<sup>362</sup> Em conformidade com o artigo 126.º, ER, tendo o 60.º instrumento de ratificação sido depositado junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 11 de abril de 2002, o Estatuto de Roma entrou em vigor “no 1.º dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias” após a data desse depósito: isto é, 1 de Julho de 2002.

<sup>363</sup> Conforme mandados de detenção emitidos pela Secção de Instrução II do TPI em 08/07 (3) e 27/09 (1) de 2005 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 14/07/2011).

<sup>364</sup> O arguido neste procedimento criminal – Thomas Lubanga Dyilo – cumpre já a pena única de 14 anos a que foi condenado como co-autor dos crimes de recrutamento e alistamento de crianças menores de 15 anos nas FPLC e de as ter feito participar activamente nas hostilidades, nos termos do art. 8.º, n.º 2, al. e-vii), ER (*vide*, respectivamente, decisões proferidas pelo juízo de julgamento em 1.ª instância I do TPI, de 14/03/2012 e 10/07/2012, em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 23/11/2012).

- um procedimento contra o chefe-de-estado maior adjunto para operações militares das FPLC formalmente acusado de recrutamento e/ou alistamento de menores de 15 anos de idade<sup>365</sup>;
- um procedimento contra os Chefes principais, respectivamente, das Forças de Resistência Patriótica em Ituri (FRPI) e da Frente dos Nacionalistas e Integracionistas (FNI) pela alegada prática de crimes contra a humanidade e crimes de guerra (assassinato e ofensas graves à integridade física de civis, escravatura sexual, utilização de menores de 15 anos de idade, saques, etc.)<sup>366</sup>;
- um procedimento contra o Secretário executivo das Forças Democráticas para a Libertação do Rwanda (FDLR) pela alegada prática de crimes contra a humanidade e crimes de guerra (assassinato de civis, violação, tortura e outros actos desumanos, etc.)<sup>367</sup>;
- um procedimento contra o alegado Chefe supremo das FDLR indiciado pela prática de crimes de guerra (ataques deliberados contra a população civil, homicídio, mutilações, actos de violação, etc.)<sup>368</sup>;

### **República do Sudão (Darfur)**

- um procedimento contra, respectivamente, o Ministro de Estado e responsável pela segurança interna no seio do Governo sudanês e um alto dirigente dos Janjawid (milícia tribal) pela alegada prática de crimes contra a humanidade e crimes de guerra (assassinato e ofensas graves à integridade física de civis, violação, saques, perseguições por motivos étnico-religiosos, transferência à força de populações, ultrajes à dignidade de mulheres e jovens do sexo feminino, etc.)<sup>369</sup>;

---

<sup>365</sup> Conforme mandado de detenção emitido pela Secção de Instrução I do TPI em 22/08/2006 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 14/07/2011).

<sup>366</sup> Conforme mandados de detenção emitidos pela Secção de Instrução I do TPI em 02/07 e 06/07 de 2007, respectivamente (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 14/07/2011).

<sup>367</sup> Conforme mandado de detenção emitido pela Secção de Instrução I do TPI em 28/09/2010 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 14/07/2011). Todavia, a mesma Secção do TPI decidiu, em 16/12/2011, não declarar procedente a acusação deduzida contra o arguido.

<sup>368</sup> Conforme mandado de detenção emitido pela Secção de Instrução II do TPI em 13/07/2012 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 23/11/2012).

<sup>369</sup> Conforme mandados de detenção (2) emitidos pela Secção de Instrução I do TPI em 27/04/2007 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 14/07/2011).

- um procedimento contra o Presidente *de iure* e de facto da República do Sudão e Chefe supremo das Forças Armadas sudanesas suspeito, entre outras infracções, da prática de crime de genocídio p.p. nas alíneas a) a c) do art. 6.º, ER<sup>370</sup>;
- um procedimento contra, respectivamente, o presidente do Movimento pela Justiça e Igualdade (MJE) e o seu chefe-de-estado maior pela alegada prática de crimes de guerra aquando do ataque contra a Base de Haskanita pertencente a forças de manutenção da paz<sup>371</sup>;
- um procedimento contra o Ministro da Defesa da República do Sudão suspeito da prática de crimes contra a humanidade (perseguição, homicídio, transferência à força, etc.) e crimes de guerra (violação, tratamentos humilhantes e degradantes, saque, etc.)<sup>372</sup>;

### **República Centro-Africana**

- um procedimento contra o presidente do Movimento de Libertação do Congo (MLC) pela alegada prática de crimes contra a humanidade e crimes de guerra (assassinato de civis, violação, tortura, ultrajes à dignidade da pessoa humana, etc.)<sup>373</sup>;

### **República do Quénia**

- um procedimento contra, respectivamente, o antigo Ministro do Ensino Superior da República do Quénia e o responsável pelas comunicações de uma “organização” constituída por “kalenji” (apoiantes do Movimento Democrático Laranja/ODM) pela alegada prática de crimes contra a humanidade p.p. nas alíneas a), d) e h) do art. 7.º, n.º 1, ER (homicídio,

---

<sup>370</sup> Conforme 2.º mandado de detenção emitido pela Secção de Instrução I do TPI em 12/07/2010 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 14/07/2011).

<sup>371</sup> Conforme notificações para comparência (2) emitidas pela Secção de Instrução I do TPI em 27/08/2009 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 14/07/2011).

<sup>372</sup> Conforme mandado de detenção emitido pela Secção de Instrução I do TPI em 1/03/2012 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 23/11/2012).

<sup>373</sup> Conforme mandado de detenção emitido pela Secção de Instrução II do TPI em 10/06/2008, mandato este que substitui um anterior datado de 23/05/2008 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 14/07/2011).

transferência à força de populações e perseguição de civis por motivos políticos, respectivamente)<sup>374</sup>;

- um procedimento contra, respectivamente, o Vice-Primeiro Ministro da República do Quênia e o Director da administração pública e Secretário geral do Governo do Quênia pela alegada prática de crimes contra a humanidade p.p. nas alíneas a), d), g), h) e k) do art. 7.º, n.º 1, ER (homicídio, transferência à força de populações, violação, perseguição de civis por motivos políticos e outros actos desumanos, mais concretamente circuncisões forçadas de homens, respectivamente)<sup>375</sup>;

### **República da Líbia**

- um procedimento contra, respectivamente, o Presidente da Líbia, o Primeiro-Ministro *de facto* e sucessor natural do actual Presidente e o Chefe das Forças de segurança pela alegada prática de crimes contra a humanidade p.p. nas alíneas a) e h) do art. 7.º, n.º 1, ER (homicídio e perseguição de civis por motivos políticos, respectivamente)<sup>376</sup>;

### **República da Costa do Marfim**

- um procedimento contra o Presidente da República da Costa do Marfim indiciado pela prática de crimes contra a humanidade (homicídio, violações, perseguição, etc.)<sup>377</sup>.

Sendo várias as decisões do TPI que decorrem destes diversos procedimentos criminais, existe já material jurisdicional suficiente para contrapor à

---

<sup>374</sup> Conforme notificação para comparência emitida pela Secção de Instrução II do TPI em 08/03/2011 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 14/07/2011).

<sup>375</sup> Conforme notificação para comparência emitida pela Secção de Instrução II do TPI em 08/03/2011 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 14/07/2011).

<sup>376</sup> Conforme mandados de detenção (3) emitidos pela Secção de Instrução I do TPI em 27/06/2011 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 14/07/2011). Entretanto e após a morte em 22/11/2011 do Presidente da Líbia, foi decretado o encerramento do respectivo procedimento criminal, mantendo-se, porém, o mandado de detenção contra os outros dois suspeitos.

<sup>377</sup> Conforme mandado de detenção emitido pela Secção de Instrução III do TPI em 23/11/2011 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 23/11/2012).

interpretação que nos propomos fazer do conceito de autor à luz do Estatuto de Roma. Assim e após precisar o entendimento que subscrevemos, vamos confrontá-lo com a aplicação jurisdicional que se tem vindo a assumir do respectivo conteúdo perceptivo<sup>378</sup>.

### I.1.1. A autoria no Estatuto de Roma do TPI

Segundo o artigo 25.º, n.º 3, ER, “nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja ou não criminalmente responsável; b) Ordenar, provocar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob forma de tentativa; c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; d) Contribuir de alguma forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objectivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer: i) Com o propósito de levar a cabo a actividade ou o objectivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou ii) Com o conhecimento de que o grupo tem a intenção de cometer o crime”.

---

<sup>378</sup> Convém, todavia, não esquecer as observações ainda hoje actuais que JAEGER, H. regista no seu artigo “Betrachtungen zum Eichmann-Prozess”, em *MonKrim*, 1962, p. 78 (*apud* GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice en derecho penal*. cit., p. 151/nota 180): “O crime parece converter-se numa obra de forças sociais autónomas e desvinculadas dos respectivos autores. A identidade entre facto e autor torna-se confusa; mais, revela-se duvidosa. A posição de a autoria, no sentido que nos é familiar, parece passar a ser ocupada por uma rede de conexões funcionais no âmbito da qual desaparecem o indivíduo e a sua participação própria. A apreciação do caso concreto deve procurar a superação desta ilusão óptica. Efectivamente, uma indagação mais cuidadosa revela, sem margem para dúvidas, a colaboração individual, a acção individual que surge numa relação causal com o resultado criminoso; e existem, também, as competências a partir das quais é possível deduzir, não apenas o grau de influência individual, mas ainda a responsabilidade pessoal. Em todo o caso, trata-se de vinculações desprovidas da transparência que assumem na larga maioria dos casos. No quadro gigantesco da operação criminal, podemos apenas evidenciar as ligações causais mediante uma decomposição, de certo modo, analítica do aparelho global. Este é o desafio difícil que em situações desta natureza o tribunal se vê obrigado a enfrentar e que o público ignora; para este último o que sobra é a imagem confusa do facto anónimo, a que tantas vezes se alude”.



Por sua vez, a Convenção sobre o Direito dos Tratados entre Estados (CVT)<sup>379</sup> estatui no artigo 31.º, n.º 1, que “um tratado deve ser interpretado de boa fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objecto e fim”. Destarte e *de per se* o artigo 25.º, ER, não nos dá, expressamente, um conceito de autoria limitando-se a tipificar as circunstâncias em que a intervenção dos respectivos agentes assume - em sede de comparticipação criminosa - relevância jurídico-penal. É dizer que estão em causa certos pressupostos materiais de responsabilidade criminal que devem articular-se com o estatuído nos demais artigos que integram – todos eles – o Capítulo III (“Princípios gerais de direito penal”), do ER, em ordem a obtermos o exacto sentido e alcance (objectivo e subjectivo) de a responsabilidade penal internacional dos indivíduos à luz do presente tratado: isto é, considerando, não apenas os pressupostos positivos<sup>380</sup>, mas, também, os negativos ou excludentes<sup>381</sup>.

Assim, diz Albin Eser, por referência aos dois modelos alternativos que considera básicos no que respeita à estruturação da comparticipação criminosa nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais: “modelo do autor individual ou unitário” *versus* “modelo de participação diferenciada”, que “ao se tentar decidir em qual dos modelos de autoria e participação mencionados acima o Estatuto de Roma se enquadra, é difícil encontrar uma resposta que não seja ambígua<sup>382</sup>”. Vejamos, porém, se esta ambiguidade não será vencível.

#### I.1.1.1. Antecedentes históricos imediatos: TPII

No plano juspenal internacional, “o primeiro documento a fazer uma distinção clara entre a prática e outras formas de participação em crime

---

<sup>379</sup> Assinada em Viena, a 23 de Maio de 1969, a Convenção sobre o Direito dos Tratados entre Estados foi aprovada, entre nós, através da Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003, de 7 de Agosto, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 46/2003, de 7 de Agosto.

<sup>380</sup> Para além do art. 25.º, os arts. 27.º (“irrelevância da qualidade oficial”), 28.º (“responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos”), 29.º (“imprescritibilidade”) e 30.º (“elementos psicológicos”).

<sup>381</sup> É o caso dos arts. 22.º (*nullum crimen sine lege*), 23.º (*nulla poena sine lege*), 24.º (“não retroactividade *ratione personae*”), 26.º (“exclusão da jurisdição relativamente a menores de 18 anos”), 31.º (“causas de exclusão da responsabilidade criminal”), 32.º (“erro de facto ou erro de direito”) e 33.º (“decisão hierárquica e disposições legais”).

<sup>382</sup> ESER, Albin. “Responsabilidade penal individual”, em AMBOS, Kai (org.). *O direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Tradução de Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 120.

internacional parece ter sido o Projeto de Código de 1991 (art. 3.º, ns.º 1 e 2, respectivamente)<sup>383</sup>. Todavia, esse documento é totalmente omissivo no que respeita à questão da acessoriedade, limitando-se a descrever as diversas formas de intervenção criminosa no facto punível. Em 1996, o texto revisto do citado Projecto - adoptado pela CDI em segunda leitura - esclarece-nos mais quanto à responsabilidade secundária dos partícipes, na medida em que só será possível punir o participante não executor verificando-se a efectiva realização do crime principal (cfr., alíneas d) a f), n.º 3, art. 2.º<sup>384</sup>). Em contrapartida, na alínea b), n.º 3, art. 2.º, alarga-se a responsabilidade penal de o “ordenante” (“homem da secretária”) às situações em que não há consumação limitando-se o executor à tentativa do facto<sup>385</sup>. A este propósito, a Comissão esclarece que “sendo o subordinado penalmente responsável à luz da alínea g<sup>386</sup>, seria parodiar com a justiça admitir essa responsabilidade do executor pela tentativa de um crime efectuada sob a ordem do respectivo superior hierárquico, permitindo, simultaneamente, a este último eximir-se de toda a responsabilidade em virtude do

<sup>383</sup> ESER, Albin. “Responsabilidade penal individual”. cit., p. 117. O projecto referido em texto diz respeito ao Projecto de Código dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade adoptado, em 5 de Julho de 1991, pela Comissão de Direito Internacional/CDI da Organização das Nações Unidas (ONU). Estatui o art. 3.º, ns.º 1 e 2, do Projecto: “1. Qualquer indivíduo que praticar um crime contra a paz e a segurança da humanidade é responsável por este facto e passível de punição. 2. Qualquer indivíduo que prestar auxílio ou assistência ou fornecer meios para a prática de um crime contra a paz e a segurança da humanidade, ou se concertar com outra ou outras pessoas com o objectivo de praticar esse crime, ou instigar directamente à sua prática é responsável pelo facto e passível de punição” (disponível em [www.un.org/law/french/ilc/index.htm](http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm); consultado em 18/07/2011).

<sup>384</sup> Art. 2.º, n.º 3, als. d) a f), do Projecto: “Um indivíduo é considerado responsável por um dos crimes previstos nos artigos 16.º, 17.º ou 18.º, se este indivíduo: d) conscientemente, presta auxílio ou assistência à prática de um dos sobreditos crimes ou a facilita por qualquer outra forma, directamente e de modo substancial, nomeadamente fornecendo meios que permitam aquela prática; e) participa directamente na planificação ou conspiração tendo em vista a prática de um desses crimes, desde que o crime visado tenha sido efectivamente cometido; f) instiga directa e publicamente um outro indivíduo à prática de um desses crimes, desde que o crime visado tenha sido efectivamente cometido” (disponível em [www.un.org/law/french/ilc/index.htm](http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm); consultado em 18/07/2011).

<sup>385</sup> Art. 2.º, n.º 3, al. b), do Projecto: “Um indivíduo é considerado responsável por um dos crimes previstos nos artigos 16.º, 17.º ou 18.º, se este indivíduo: b) ordena a prática de um desses crimes, desde que o crime visado tenha sido efectivamente cometido ou tentado (disponível em [www.un.org/law/french/ilc/index.htm](http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm); consultado em 18/07/2011).

<sup>386</sup> Em conformidade com o art. 2.º, n.º 3, al. g), do Projecto, “Um indivíduo é considerado responsável por um dos crimes previstos nos artigos 16.º, 17.º ou 18.º, se este indivíduo: g) tenta praticar um desses crimes, caso em que há início de execução do crime visado que apenas não se consuma em virtude de circunstâncias alheias à vontade do agente” (disponível em [www.un.org/law/french/ilc/index.htm](http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm); consultado em 18/07/2011).

subordinado não ter conseguido executar a ordem dada pelo referido chefe<sup>387</sup>”. Poder-se-á vislumbrar nestas considerações da Comissão a influência do conceito roxiniano de autoria mediata em virtude de “aparelhos organizados de poder”. Em todo o caso e ainda que se possa sustentar que este mesmo princípio deveria ter sido aplicado às hipóteses de participação *stricto sensu* (alíneas d) a f), n.º 3, art. 2.º, ProjCP), prever-se uma acessoriedade quantitativa ou externa menos extensa tratando-se de o “ordenante” (início de execução) comparativamente a outras modalidades de intervenção criminosa (em que se impõe a consumação do facto principal) poderá constituir já um critério de distinção ou diferenciação entre uma forma particular de autoria e a participação que não é autoria.

Em sede dos Estatutos, respectivamente, do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII)<sup>388</sup> e do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (TPIR)<sup>389</sup>, não há uma clara separação entre autoria e participação. Efectivamente, as diversas formas de comparticipação criminosa encontram-se condensadas numa única alínea, nos seguintes termos: “Quem tiver planeado, instigado, ordenado, cometido ou, por qualquer outra forma, tiver ajudado e encorajado a planear, preparar ou executar um dos crimes referidos nos artigos (...) do presente Estatuto, é considerado individualmente responsável por esse crime<sup>390</sup>”. Não se sabe, portanto, se, e até que ponto, a responsabilidade do partícipe pressupõe a consumação do facto principal. Assim, Eser afirma que “não é de estranhar que determinadas incertezas dessa regulamentação deixem algum espaço e necessidade de interpretação por parte dos Tribunais<sup>391</sup>”.

É o que se verifica, designadamente, em o Acórdão da Secção de Recursos, de 15 de Julho de 1999, no caso Procurador v. Dusko Tadic<sup>392393</sup>. De acordo com os

---

<sup>387</sup> Citado em português a partir de *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité (commentaires)*. Artigo 2, parág. 9 (disponível em [www.un.org/law/french/ilc/index.htm](http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm); consultado em 18/07/2011).

<sup>388</sup> Adoptado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, em 25 de Maio de 1993 (Resolução n.º 827).

<sup>389</sup> Adoptado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, em 8 de Novembro de 1994 (Resolução n.º 955).

<sup>390</sup> Cfr, respectivamente, art. 7.º, n.º 1, Estatutos do TPII, e art. 6.º, n.º 1, Estatutos do TPIR.

<sup>391</sup> ESER, Albin. “Responsabilidade penal individual”. cit., p. 118.

<sup>392</sup> Arrêt de la Chambre d'Appel, de 15 de Julho de 1999 (Affaire n.º IT-94-1-A), Le Procureur c/ Duško Tadić (disponível em [www.icty.org](http://www.icty.org); consultado em 21/07/2011).

<sup>393</sup> O caso diz respeito a uma operação militar levada a cabo por um grupo de sérvios contra a cidade de Jaskici (região de Prijedor), em conformidade com o objetivo final de criação da Grande Sérvia mediante a transferência à força da população civil masculina não sérvia. No decurso dessa operação, que contou com a participação activa do acusado, foram mortos cinco homens residentes na referida cidade.

critérios dogmáticos da chamada “doutrina de o empreendimento comum” (*entreprise commune*)<sup>394</sup>, o Tribunal sublinha que “a larga maioria destes crimes (crimes internacionais praticados em tempo de guerra) não derivam da propensão de indivíduos isolados para a prática de actos criminosos, mas constituem manifestações de um comportamento criminoso colectivo: eles são muitas vezes executados por grupos de indivíduos agindo mancomunadamente, em ordem à realização de um plano criminoso comum. Ainda que o crime possa ser fisicamente cometido por certos membros do grupo (...), a participação e contribuição dos restantes elementos revela-se frequentemente essencial ao favorecimento da perpetração dos crimes em causa. Segue-se, pois, que, no plano moral, a gravidade desta segunda participação raramente é menor – ou diferente – daquela outra que diz respeito às pessoas que executaram de mão própria os actos visados. Nestas circunstâncias, considerar responsável a título de autor unicamente a pessoa que executou materialmente o acto criminoso corresponderá a negligenciar o papel de co-autor desempenhado por todos quantos, de uma forma ou de outra, permitiram que o autor principal executasse fisicamente a acção criminosa. Assim, segundo as circunstâncias, considerar esses outros (não executores) responsáveis unicamente a título de cúmplices (*aiders and abettors*) pode significar a minimização do seu grau de responsabilidade penal<sup>395</sup>”. Concluindo “(...) que a noção de plano ou fim comum como forma de responsabilidade a título de co-autor está solidamente estabelecida no direito consuetudinário internacional e que, para além disso, está consagrada – é verdade que apenas implicitamente – no Estatuto do Tribunal internacional<sup>396</sup>”.

---

<sup>394</sup> Segundo esta doutrina, se uma pessoa acorda com outra ou outras pessoas um determinado plano delituoso, será considerada responsável por todos os actos ilícitos que integram ou conduzem a esse fim colectivo ainda que fisicamente não os execute, incluindo aqueles que poderia prever como consequência possível da atividade criminosa comum a desenvolver. É Manzini, penalista italiano da primeira metade do século XX, quem, tendo por referência a atividade económica, lança as bases da teoria jurídica da “empresa criminosa”: todos quantos, independentemente da respectiva forma de colaboração, “trabalham” para a produção de um mesmo crime, são autores (materiais e/ou morais) deste último. Contudo e à semelhança do que se verifica, igualmente, no domínio económico, existem ou podem existir outras pessoas que se limitam a favorecer ou facilitar o aparecimento e desenvolvimento da “empresa criminosa”. Estas serão apenas cúmplices respondendo unicamente pelos seus próprios factos (*vide* FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de. *Da participação criminosa*. cit., pp. 32 e ss.).

<sup>395</sup> Citado em português a partir de *Arrêt de la Chambre d’Appel...* cit., pars. 191 e 192.

<sup>396</sup> Citado em português a partir de *Arrêt de la Chambre d’Appel...* cit., par. 220.

Porém e em aparente contradição com o decidido anteriormente, o TPII procede, no âmbito do mesmo processo, à distinção “entre, por um lado, um acto cometido tendo em vista a realização do objectivo ou plano comum de praticar um crime e, por outro, o facto de auxiliar ou encorajar à execução de um crime<sup>397</sup>”. Destarte, afirma-se que, neste último caso, “a pessoa que auxilia ou encoraja é sempre o cúmplice de um crime praticado por outrem, qualificado de autor principal<sup>398</sup>”. Por esta razão, Eser é levado a admitir que “curiosamente, em uma regulamentação ainda menos rigorosa que a do Estatuto de Roma, o TPII parece ter interpretado o conceito de participação do artigo 7.º de seu Estatuto nos termos do *modelo de participação diferenciada* (...). A dependência secundária do cúmplice do ato principal do autor é simplesmente a característica do *modelo de participação diferenciada*<sup>399</sup>”.

A nosso ver, a interpretação feita pelo TPII do art. 7.º, n.º 1, dos seus Estatutos, é outra e marcadamente subjectivista, fazendo-nos recordar a pretérita e largamente aplicada doutrina jurisprudencial do “acordo prévio”<sup>400</sup>. Segundo García Conlledo, esta doutrina deveria antes ser conhecida por “teoria do acordo mútuo ou recíproco” que define da seguinte forma: “Sempre que vários sujeitos cooperem na prática de um crime, tendo consciência cada um deles que actua conjuntamente com os outros, e querendo actuar desse modo, todos devem ser qualificados como autores, independentemente da sua concreta contribuição para o facto<sup>401</sup>”. Diz Gimbernát Ordeig citando o seu Mestre QUINTANO RIPOLLÉS (*Curso*, I, 1963, p. 250) que se partirmos desta perspectiva doutrinária e jurisprudencial “a cumplicidade (...) está em vias de desaparecer<sup>402</sup>”. Efectivamente, esta última figura juspenal só seria, logicamente, admissível não havendo “acordo mútuo” (isto é, prévio ou instantâneo, expresso ou tácito) entre os codelinquentes, sendo que essa hipótese raramente se verifica. Todavia, o mesmo juspenalista espanhol alerta-nos para o facto estranho de os tribunais, em

---

<sup>397</sup> Citado em português a partir de *Arrêt de la Chambre d'Appel*...cit., par. 229.

<sup>398</sup> Citado em português a partir de *Arrêt de la Chambre d'Appel*...cit., par. 229, alínea i).

<sup>399</sup> ESER, Albin. “Responsabilidade penal individual”. cit., p. 121.

<sup>400</sup> Esta doutrina foi adoptada, sobretudo, pelo Supremo Tribunal espanhol desde finais do século XIX a meados do século XX, tendo sido objeto de críticas severas por parte de diversos juspenalistas, particularmente GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. cit., pp. 41 e ss.

<sup>401</sup> Citado em português a partir de GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. *La autoría en derecho penal*. cit., p. 350.

<sup>402</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. cit., p. 45.

determinadas situações da vida e negando os seus próprios critérios doutrinários de decisão, desconsiderarem a existência ou não de acordo fundamentando a cumplicidade apenas na importância secundária da respectiva participação. Daí Gimbernát Ordeig afirmar que “o tribunal, na realidade, decide intuitivamente, tendo em conta, provavelmente, a gravidade da conduta, quando procede à distinção entre autoria e cumplicidade. Se considera que há autoria, fundamenta *a posteriori* o resultado encontrado intuitivamente com a doutrina do ‘acordo prévio’. Se considera que há cumplicidade, justifica-a *a posteriori* com a doutrina da relevância da contribuição para o delito<sup>403</sup>”.

Comparemos, agora, esta posição jurisdicional do “acordo prévio” com a distinção que o TPII faz entre autoria e cumplicidade:

“Tendo em consideração o dito anteriormente, convém proceder, agora, à distinção entre, por um lado, um acto praticado em ordem à realização do objectivo ou plano comum de cometer um crime e, por outro, o facto de auxiliar ou incentivar a perpetração de um crime: i) A pessoa que auxilia ou incentiva é sempre o cúmplice de um crime praticado por outrem, qualificado como autor principal. ii) No caso do cúmplice, não é necessário provar a existência de um projecto acordado e, *a fortiori*, a formulação prévia do respectivo plano. Não é necessário qualquer projecto ou acordo; aliás, pode até acontecer que o autor principal desconheça por completo a contribuição prestada pelo seu cúmplice. iii) O cúmplice pratica actos que visam especificamente auxiliar, incentivar ou prestar um apoio moral tendo em vista a perpetração de um certo crime (...), e este apoio tem um efeito significativo sobre essa perpetração. Pelo contrário, no caso de actos praticados em virtude de um objectivo ou plano comum, será suficiente que a pessoa que intervém nesse âmbito cometa actos que visam de uma maneira ou de outra contribuir para o projecto ou objectivo comum. iv) Tratando-se da cumplicidade (...), o elemento moral requerido consiste em ter a consciência que os actos praticados pela pessoa que auxilia e incentiva favorecem a realização de um determinado crime pelo autor principal.

---

<sup>403</sup> Citado em português a partir de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. cit., p. 66.

Pelo contrário, isto não chega quando há um objectivo ou plano comum como o referido atrás: é preciso que seja confirmada a intenção de praticar o crime ou a intenção de realizar o plano criminoso comum ou a possibilidade por parte do co-autor de prever que crimes não incluídos no objectivo criminoso comum poderiam ser cometidos<sup>404</sup>.”

Se verificarmos bem o critério de distinção decisivo é, também, aqui a existência (autoria) ou não (cumplicidade) de um acordo ou plano comum. Desconsiderando a hipótese relativamente rara de o autor desconhecer a contribuição do cúmplice, a característica que, verdadeiramente, separa a actuação deste último face à do autor será, sobretudo, a gravidade da respectiva participação: isto é, a contribuição do cúmplice será secundária comparativamente à participação do autor que é principal, uma vez que aquele estará – digamos – mais “afastado” do facto punível. Tudo favorecendo, afinal, uma apreciação criticavelmente discricionária (“intuitiva”, diria Gimbernat) por parte do tribunal a coberto de um conceito eminentemente subjectivo como é o de “empreendimento comum”<sup>405</sup>.

#### I.1.1.2. O artigo 25.º do ER e a jurisprudência do TPI

Comparativamente aos instrumentos de direito internacional penal anteriores, o Estatuto de Roma disciplina mais detalhadamente a autoria. Em alínea própria – al. a) – do art. 25.º, n.º 3, ER, estatui-se que “será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja ou não criminalmente

---

<sup>404</sup> Citado em português a partir de *Arrêt de la Chambre d’Appel...cit.*, par. 229.

<sup>405</sup> Segundo a interpretação do TPII, a figura juspenal de o “empreendimento comum” não compreende apenas elementos subjectivos (*mens rea*), mas, também, elementos objetivos (*actus reus*), a saber: i) “Pluralidade de acusados”. Estes não relevam necessariamente de uma estrutura militar, política ou administrativa (...). ii) Existência de um projecto, plano ou objetivo comum consistindo na prática de um dos crimes objecto do Estatuto ou implicando a sua perpetração. Este projecto, plano ou objetivo não tem de ser necessariamente elaborado ou formulado antes. Pode concretizar-se espontaneamente e deduzir-se do facto de diversos indivíduos agirem de modo concertado tendo em vista a execução de um empreendimento criminoso comum. iii) Participação do acusado no plano comum implicando a perpetração de um dos crimes previstos no Estatuto. Esta participação não significa necessariamente a consumação de um dos crimes específicos descritos nas disposições do Estatuto (...), mas pode assumir a forma de um auxílio ou de uma contribuição em ordem à realização do projecto ou objetivo comum” (citado em português a partir de *Arrêt de la Chambre d’Appel...cit.*, par. 227).

responsável”. Estão, portanto, aí consagradas três formas particulares de autoria: a autoria singular, autoria esta que se verifica quando o agente realiza de mão própria (“individualmente”) o facto punível; a co-autoria, exigindo-se, agora, a intervenção de dois ou mais agentes que, concertadamente (“em conjunto”), dividem entre si as diversas fases do *iter criminis* que conduzem ou podem conduzir à consumação; a autoria mediata que se traduz na prática de um crime “por intermédio de outrem” - que serve, consequentemente, como “instrumento” ao agente mediato -, podendo, todavia, o executor agir, por algum motivo (coacção, erro, inimputabilidade em razão da idade ou anomalia psíquica), sem plena responsabilidade criminal ou, pelo contrário, ser penalmente responsável.

Esta configuração tripartida de a autoria está associada à teoria do “domínio do facto”, em conformidade com a qual só é autor - como referimos já - “quem toma a execução *nas suas próprias mãos* de tal modo que dele depende decisivamente o *se* e o *como* da realização típica<sup>406</sup>”. Efectivamente e segundo a teoria formal-objectiva, estando a autoria indissociavelmente ligada à execução, nunca poderá ser autor quem se serve de um executor para praticar o crime (autoria mediata); também as teorias subjectivas partindo de o *animus nocendi* do respectivo agente apenas nos permitem distinguir duas formas concretas de participação criminosa: por um lado, a autoria (sem divisões intestinas) que é própria de quem actua com *animus auctoris*, por outro, a cumplicidade que caracteriza a intervenção delituosa daqueles que querem o facto como alheio (*animus socii*); finalmente, as teorias objectivas reconduzíveis a uma ideia de “causalidade” ou consideram todos os intervenientes no crime como autores (conceito unitário de autor) ou distinguindo entre autor ou *auxiliator causam dans* e cúmplice ou *auxiliator causam non dans* desconsideram a autoria mediata associando-a à instigação dentro de uma categoria mais ampla que é a autoria moral ou intelectual (conceito extensivo de autor).

Até à presente data, o TPI, para além de diversos mandados de detenção, emitiu já seis “despachos de pronúncia” (*decision on the confirmation of charges*) nos casos Lubanga (República Democrática do Congo)<sup>407</sup>, Katanga e Ngudjolo

<sup>406</sup> Vide nota de rodapé n.º 351.

<sup>407</sup> Decisão instrutória da Secção de Instrução I do TPI, de 29 de Janeiro de 2007 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 27/07/2011).



Chui (República Democrática do Congo)<sup>408</sup>, Bemba (República Centro-Africana)<sup>409</sup>, Abdallah Banda e Saleh Jerbo (República do Sudão)<sup>410</sup>, Ruto e Sang (República do Quênia)<sup>411</sup> e Muthaura e Kenyatta (República do Quênia)<sup>412</sup>, respectivamente. No caso Lubanga, existem ainda duas outras decisões: a de condenação proferida pelo juízo de julgamento em 1.<sup>a</sup> instância I do TPI, em 14 de Março de 2012, e a de determinação da pena, decisão esta última prolatada pelo mesmo juízo e datada de 10 de Julho de 2012<sup>413</sup>.

Em todas estas decisões judiciais, confirma-se que o artigo 25.º, ER, adopta um “modelo de participação diferenciada”, referindo-se a alínea a) desse artigo à autoria principal (comissão *stricto sensu*) e as alíneas b) a d) à cumplicidade<sup>414</sup>. Acresce que o TPI aceita, expressamente, a teoria de o “domínio do facto” como concepção geral da autoria: assim, diz-se que “o tribunal considera que, tendo em vista assegurar que o Estatuto possa ser considerado como um *corpus* coerente e previsível de regras, é preciso no que respeita à distinção entre autores principais e cúmplices analisar a responsabilidade penal de uma pessoa – quer ela tenha actuado individualmente, quer em conjunto com outra pessoa ou quer ainda por intermédio de outrem – à luz do controlo exercido sobre o crime<sup>415</sup>”.

<sup>408</sup> Decisão instrutória da Secção de Instrução I do TPI, de 30 de Setembro de 2008 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 27/07/2011).

<sup>409</sup> Decisão instrutória da Secção de Instrução II do TPI, de 15 de Junho de 2009 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 27/07/2011).

<sup>410</sup> Decisão instrutória da Secção de Instrução I do TPI, de 7 de Março de 2011.

<sup>411</sup> Decisão instrutória da Secção de Instrução II do TPI, de 23 de Janeiro de 2012 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 26/11/2012).

<sup>412</sup> Decisão instrutória da Secção de Instrução II do TPI, de 23 de Janeiro de 2012 (disponível em [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); consultado em 26/11/2012).

<sup>413</sup> Vide nota de rodapé n.º 364.

<sup>414</sup> Vide, particularmente, decisão instrutória no caso Lubanga, par. 320. WERLE, Gerhard; BURGHARDT, Boris. “Co-autoria mediata: desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?”, em *Revista Penal*, n.º 28, Julho 2011, p. 198 e ss., vão mais longe e consideram que o art. 25.º, n.º 3, als. a) a d) consagra “um modelo de intervenção diferenciada segundo grau de responsabilidade”. Neste sentido, sustentam que “no direito penal internacional, não apenas a pergunta acerca do ‘se’, mas também acerca da ‘medida de responsabilidade jurídico-penal’ exigem, de modo particularmente premente, uma resposta”. Concluindo, então, que “o Art. 25.3, als. a) a d), do Estatuto do TPI, deve entender-se como um sistema de intervenção criminosa diferenciado, de quatro níveis, o que deve ser tido consequentemente em consideração na concreta determinação da medida da pena”.

<sup>415</sup> Decisão instrutória no caso Katanga, par. 486. A noção de “controlo exercido sobre o crime” é-nos dada nos seguintes termos: “ela assenta na ideia que os autores principais de um crime não se encontram unicamente entre os que executam fisicamente os elementos objetivos da infracção, mas também entre aqueles que, não obstante a distância que os separa do lugar do crime, controlam ou dirigem a execução deste último, na medida em que são eles quem decide se a infracção será praticada e como” (decisão instrutória no caso Lubanga, par. 330). Vide, também, decisão instrutória no caso Bemba, par. 348. Todavia, um dos juízes que assina a sentença condenatória contra Lubanga (vide nota de rodapé n.º 364) assume uma interpretação diversa do art. 25.º, ER, interpretação esta que se aproxima da defendida pelo TPII a respeito do art. 7.º, n.º 1, dos seus Estatutos. Assim, diz o

Neste quadro, o Tribunal entende que “autor principal é quem: a) executa fisicamente todos os elementos da infracção (ele comete o crime individualmente); b) exerce, em conjunto com outros, um controlo sobre a infracção em função das tarefas essenciais que lhe são atribuídas (ele comete o crime conjuntamente com outros); ou c) exerce um controlo sobre a vontade de pessoas que executam os elementos objectivos da infracção (ele comete o crime por intermédio de uma outra pessoa)<sup>416</sup>”. Não oferecendo a autoria singular especiais dificuldades quanto à sua concretização jurisdicional, vejamos como o TPI se pronuncia no que respeita às outras duas formas concretas de autoria.

Assim, tratando-se de a co-autoria e respectiva caracterização dogmática suscita particular atenção a decisão instrutória no caso Bemba, decisão esta que, todavia, nega ao acusado a qualidade de co-autor pretendida pelo Procurador aceitando, em todo o caso, a sua incriminação à luz do artigo 28.º, ER (“Responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos”) que não analisaremos. No que respeita aos elementos objectivos (*actus reus*), o TPI limita-se a confirmar, agora, o que dissera já nas duas únicas decisões instrutórias proferidas até àquela data<sup>417</sup>: a) existência de um acordo ou de um plano comum (que deve compreender a prática de um ou mais dos crimes especificados no ER) entre duas ou mais pessoas podendo esse acordo ser expresso ou tácito, prévio ou de momento; b) uma contribuição essencial coordenada de cada co-autor conduzindo essa contribuição individualizada à realização dos elementos objectivos do crime. Entende, porém, o tribunal que essa contribuição será já essencial caso a sua omissão por parte do respectivo agente tenha como resultado necessário a não consumação do crime (domínio negativo do facto), não sendo ainda indispensável que seja dada na fase de execução. Quanto aos elementos subjectivos (*mens rea*), afirma-se:

---

referido juiz – Adrian Fulford – que o citado artigo 25.º não impõe - atendendo ao sentido comum atribuível aos respectivos termos (cfr. art. 31.º, n.º 1, CVT) – a distinção entre autor e partícipe com fundamento na teoria de o “domínio do facto”, tanto mais que o ER (incluindo o Regulamento Processual) não estabelece uma escala de penas em função da responsabilidade criminal individual. Concluindo A. Fulford a favor de um conceito alargado e subjectivo de autoria que “coloca devidamente o acento tónico sobre o estado de espírito do acusado, uma vez estabelecido que ele contribuiu para a prática do crime” (“declaração de voto”, par. 17).

<sup>416</sup> Decisão instrutória no caso Katanga, par. 488. *Vide*, também, decisão instrutória no caso Lubanga, par. 332.

<sup>417</sup> Decisão instrutória no caso Lubanga, pars. 343 a 348; decisão instrutória no caso Katanga, pars. 522 a 526. *Vide*, também, decisão instrutória no caso Bemba, par. 350.

“Dentro do contexto que nos cabe apreciar, devemos considerar verificados, para além dos elementos objectivos, três elementos subjectivos antes que o juiz possa (...) concluir pela responsabilidade penal do suspeito a título de co-autor dos crimes. Concretamente, o suspeito deve: a) preencher os elementos subjectivos dos crimes que lhe são imputados, designadamente os elementos intencionais e de conhecimento exigidos no artigo 30.º do Estatuto<sup>418</sup>; b) ter conhecimento e admitir que a realização dos elementos materiais dos crimes resultará de a execução do plano comum; e c) ter consciência das circunstâncias de facto que lhe permitem exercer sobre os crimes um controlo conjunto com os outros co-autores<sup>419</sup>”.

Todavia, o Tribunal sustenta que “no que respeita ao dolo eventual, à negligência ou qualquer outra forma de culpa menos grave, (...) estes conceitos não estão incluídos no artigo 30.º do Estatuto. Esta conclusão apoia-se nos termos exactos da expressão ‘terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos’, termos esses que não permitem a adopção de uma norma menos estrita que a exigida pelo dolo directo de segundo grau<sup>420</sup>”.

Quanto à autoria mediata e para além das hipóteses clássicas em que o homem-de-trás se serve de um instrumento (“homem-da-frente”) não penalmente

---

<sup>418</sup> Art. 30.º, ER: “1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que actue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais. 2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que actua intencionalmente quem: a) relativamente a uma conduta, se se propuser adoptá-la; b) relativamente a um efeito do crime, se se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos. 3. Nos termos do presente artigo, entende-se por ‘conhecimento’ a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar numa ordem normal dos acontecimentos. As expressões ‘ter conhecimento’ e ‘com conhecimento’ deverão ser entendidas em conformidade”.

Tratando-se de certos crimes específicos previstos nos Estatutos, os respectivos tipos legais podem exigir outros elementos intencionais (*dolus specialis*). É o caso do crime de tortura cujo elemento psicológico compreende ainda “i) a intenção de infligir a dor ou os sofrimentos para, designadamente, obter informações ou confissões, punir, intimidar ou coagir, ou em função de uma razão fundada numa discriminação, qualquer que ela seja; e ii) a consciência das circunstâncias de facto constitutivas do estatuto das pessoas visadas” (decisão instrutória no caso Bemba, par. 293). Noutros casos, pode suceder que o elemento psicológico geral previsto no art. 30.º, ER, seja substituído por um outro: v.g., art. 28.º, al. a), (i), ER, que contempla, também, a simples negligência (“deveria ter tido conhecimento”).

<sup>419</sup> Decisão instrutória no caso Bemba, par. 351.

<sup>420</sup> Decisão instrutória no caso Bemba, par. 360. O dolo directo de segundo grau designa-se, também, por “dolo directo necessário”, estando previsto no nosso Código Penal, art. 14.º, n.º 2: “Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta”. Assume particular interesse no que respeita à problemática de a “interpretação permitida” em direito penal – enquanto corolário do princípio da legalidade criminal (cfr. art. 22.º, n.º 2, ER) – a leitura dos pars. 361 a 369 da decisão instrutória no caso Bemba.

responsável, convém salientar que o Estatuto de Roma admite, expressamente, a inclusão naquela forma particular de autoria de situações em que o executor actua com plena responsabilidade penal: isto é, como autor directo do crime praticado. Trata-se, neste último caso, do chamado por Roxin “domínio de a vontade em virtude de estruturas de poder organizadas”<sup>421</sup>, figura juspenal esta que “é particularmente aplicável em direito penal internacional dadas as circunstâncias especiais que são próprias da prática dos crimes internacionais de genocídio, contra a Humanidade e crimes de guerra”<sup>422</sup>. Em conformidade com a decisão instrutória no caso Katanga, os requisitos principais do “domínio da organização” dentro do quadro normativo dos Estatutos de Roma são os seguintes:

“organização”

- “deve estar baseada nas relações hierárquicas entre superiores e subordinados”<sup>423</sup>;
- “deve igualmente ser suficientemente extensa de modo a poder fornecer uma reserva bastante de subordinados”<sup>424</sup>;
- deve ter uma existência própria, independente da evolução da sua composição (neste sentido, o tribunal afirma que “este tipo de organização caracteriza-se principalmente por um mecanismo que permite aos seus dirigentes de topo confiar na execução automática das suas ordens”<sup>425</sup>);

“chefe”

- “é essencial que (...) exerça uma autoridade e um controlo sobre o aparelho e que esta autoridade e este controlo sejam manifestos na execução das respectivas ordens pelos subordinados”<sup>426</sup>. Assim e designadamente, pode o dirigente assegurar esse controlo através “de regimes de treinamento intensivos, rigorosos e violentos”<sup>427</sup>;

---

<sup>421</sup> Vide nota de rodapé n.º 338.

<sup>422</sup> Citado em português a partir de OLÁSOLO, Hector. “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”, em *Derecho penal contemporáneo*, n.º 27, ano 2009, p. 89. Vide, também, decisão instrutória no caso Katanga, pars. 498 e 499.

<sup>423</sup> Decisão instrutória no caso Katanga, par. 512.

<sup>424</sup> *Ibid.*, par. 516.

<sup>425</sup> *Ibid.*, par. 517.

<sup>426</sup> *Ibid.*, par. 513.

<sup>427</sup> *Ibid.*, par. 518.

- “deve utilizar esse controlo para o cometimento de crimes<sup>428</sup>” (um qualquer dos crimes internacionais sob jurisdição do TPI);

“subordinados”

- devem “ser suficientemente numerosos afim de que as ordens dadas sejam executadas, quer por um subordinado, quer por um outro<sup>429</sup>”;

- devem ser “fungíveis”: isto é, “um subordinado que não execute uma ordem pode simplesmente ser substituído por um outro que obedecera<sup>430</sup>”.

Em suma, verificando-se todos estes requisitos o tribunal estará em condições de estabelecer que “a autoridade superior de uma organização não se limita a ordenar a prática de um crime, antes, e em virtude do controlo que exerce sobre essa organização, decide fundamentalmente se a infracção será cometida e como será<sup>431</sup>”. Ou seja, aquela autoridade deve ser penalmente responsabilizada como autora mediata do crime praticado<sup>432</sup>.

Acontece, porém, que o tribunal vai mais longe nesta decisão instrutória (caso Katanga) e sustenta - pela primeira vez na história do TPI e a par da co-autoria propriamente dita - a existência de co-autoria mediata ou co-autoria por intermédio de outrem “como resultado da aplicação conjunta da co-autoria baseada no co-domínio funcional do facto e da autoria mediata através do domínio da organização<sup>433</sup>”. Destarte, afirma-se que a conjunção disjuntiva “ou” que separa textualmente a “co-autoria” da “autoria mediata” permite, no seu sentido “inclusivo”, a realização quer de um elemento da alternativa, quer de o outro, quer

---

<sup>428</sup> *Ibid.*, par. 514.

<sup>429</sup> *Ibid.*, par. 512.

<sup>430</sup> *Ibid.*, par. 516.

<sup>431</sup> *Ibid.*, par. 518.

<sup>432</sup> Entre outras observações críticas, WERLE, Gerhard e BURGHARDT, Boris. “Co-autoria mediata...”. cit., p. 202, assinalam que “não é referido o critério – proposto por *Roxin* – do afastamento do direito por parte do aparelho organizado de poder (...)”.

<sup>433</sup> Citado em português a partir de OLÁSULO, Hector. “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”. cit., p. 74. Trata-se *in casu* da prática de diversos “crimes contra a Humanidade” e “crimes de guerra” (homicídios, saques, escravatura sexual, etc.) alegadamente cometidos por terceiros mas sob as ordens concertadas de Katanga e Ngudjolo Chui, dirigentes principais da Força de Resistência Patriótica em Ituri (FRPI) e da Frente dos Nacionalistas e Integracionistas (FNI), respectivamente. Acontece, porém, que os referidos dirigentes detêm, cada um deles, o domínio exclusivo das estruturas que lhes estão subordinadas: isto é, Katanga comanda apenas a FRPI, constituída maioritariamente pela etnia dos Ngiti; Ngudjolo Chui a FNI, assente na etnia dos Lendu. A este respeito, diz o TPI: “(...) a questão da partilha horizontal de responsabilidade entre os chefes é essencial, uma vez que, em virtude da distinção entre Ngiti e Lendu, era improvável que os combatentes de uma das etnias executassem as ordens ditadas por um chefe pertencente à outra etnia” (Decisão instrutória no caso Katanga, par. 519).

de ambos<sup>434</sup>. Ora, “o tribunal conclui que à luz do direito aplicável não tem fundamento limitar a prática conjunta de um crime unicamente às situações em que os autores executam uma parte do crime exercendo sobre esta um controlo directo. Efectivamente, da articulação da responsabilidade individual, ligada à perpetração de crimes por intermédio de outras pessoas, com a atribuição recíproca de crimes entre os co-autores de elevado grau hierárquico, resulta uma forma de responsabilidade que possibilita ao tribunal a utilização de um instrumento que se adequa bem à avaliação da responsabilidade dos ‘altos dirigentes’<sup>435</sup>”. Por sua vez, o “despacho de pronúncia”, no caso Ruto e Sang<sup>436</sup>, considera como elementos objectivos (*actus reus*) da co-autoria mediata – para além dos assinalados já à co-autoria (acordo ou plano comum e essencialidade da respectiva contribuição) – o controlo da organização, a existência de uma estrutura organizatória de poder hierarquizada e o cumprimento, praticamente, automático das ordens criminosas ditas<sup>437</sup>; e como elementos subjectivos (*mens rea*) os mesmos da co-autoria, à excepção de uma pequena alteração do terceiro requisito introduzindo-se aí uma referência ao executor: “O suspeito deve ter consciência das circunstâncias de facto que lhe permitem exercer um controlo conjunto sobre a prática do crime *por intermédio de outra(s) pessoa(s)*<sup>438</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

A nosso ver, trata-se de uma interpretação, ao menos, *praeter legem* do art. 25.º, n.º 3, al. a), ER, desconforme ao disposto no art. 22.º, n.º 2, ER<sup>439</sup>. Por outro lado, pressupondo a autoria mediata uma relação interpessoal de supra-infra ordenação, tal relação será dificilmente conciliável com a conexão paritária interindividual característica da co-autoria (salvo concebendo os dois ou mais autores mediatos como uma espécie de *societas sceleris*<sup>440</sup> que actua em “bloco”

<sup>434</sup> Cfr. decisão instrutória no caso Katanga, par. 491.

<sup>435</sup> Decisão instrutória no caso Katanga, par. 492.

<sup>436</sup> Vide nota de rodapé n.º 411.

<sup>437</sup> Decisão instrutória no caso Ruto, par. 313.

<sup>438</sup> Decisão instrutória no caso Ruto, par. 333 (*in fine*).

<sup>439</sup> Artigo 22.º, n.º 2, do Estatuto de Roma: “A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objecto de inquérito, acusada ou condenada”.

<sup>440</sup> WERLE, Gerhard e BURGHARDT, Boris. “Co-autoria mediata...”. cit., pp. 205 e s., sustentam que no caso Al Bashir existe uma “autoria mediata em co-autoria”. Trata-se aí da prática de diversos crimes de direito internacional (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra) por parte do Presidente e principais dirigentes militares da República do Sudão contra a população civil, especialmente a pertencente às etnias Fur, Masalit e Zaghawa. Porque na cúpula do aparelho organizado de poder não está um único indivíduo, mas, sim, um órgão colectivo (*societas sceleris*),

como um único indivíduo, em manifesta contradição com o princípio da responsabilidade penal individual consagrado no art. 25.º, ns.º 1 e 2, ER<sup>441</sup>). Ou dito de outro modo, servindo-nos dos fundamentos dogmáticos da teoria de o domínio do facto, tal como ela é desenvolvida por Roxin: assentando a autoria mediata no “domínio da vontade” que o agente mediato exerce sobre o executor, esta forma de domínio parece-nos incompatível com o “domínio do facto funcional” específico da co-autoria, sendo certo que esta outra forma de domínio reconduz-se à partilha de tarefas decidida por todos os agentes, em ordem à execução conjunta do facto.

Há, todavia, quem sustente a admissibilidade da “co-autoria mediata” entendendo que esta forma particular de autoria representa “um desenvolvimento consequente dos princípios da dogmática jurídico-penal alemã que orientam a ‘praxis’ do TPI, e a sua ‘re-importação’ é recomendável: a possibilidade de uma co-autoria mediata deve, também, ser reconhecida no direito penal alemão<sup>442</sup>”. Ora, tendo o TPI, por um lado, aceite, abstractamente e ao contrário do que defende Roxin, que o co-autor não deixará de sê-lo apesar de não intervir na fase de execução desde que sem a sua contribuição não seja possível a realização do(s) crime(s) visado(s) e acordado(s)<sup>443</sup> e, por outro, concluído, agora *in casu*, “que existem provas suficientes que fornecem motivos bastantes para formar a convicção segundo a qual Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui realizaram o plano comum de modo coordenado e que Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui

---

os referidos Autores afirmam que os factos puníveis apenas podem ser imputados a cada membro desse colectivo tendo em consideração a relação orgânica existente entre os “homens da secretária”. Daí falar-se de “um domínio funcional do facto em virtude de domínio através de uma organização exercido conjuntamente”. Estou, porém, em crer que esta forma particular de autoria constitui uma manifestação daquilo que Eduardo Correia designa por “um puro luxo de conceitos”: caso haja uma “cadeia de comando”, os crimes serão individualmente imputados a título de autoria mediata a todos que participaram nessa estrutura dirigente; não existindo esta espécie de estrutura, mas antes um órgão de direcção colegial, cada membro desse órgão responderá como co-autor pelos crimes praticados, uma vez que sem o respectivo contributo ainda que dado numa fase de pré-execução (preparatória) aqueles não teriam sido cometidos de acordo com o planeado.

<sup>441</sup> À luz do Estatuto de Roma, a base da responsabilidade penal é a culpa individual de cada autor ou partícipe por ter cometido (*lato sensu*) o crime que lhe é imputado. Neste sentido, *vide* ESER, Albin. “Responsabilidade penal individual”. cit., pp. 109 e ss.

<sup>442</sup> Citado em português a partir de WERLE, Gerhard; BURGHARDT, Boris. “Co-autoria mediata...”. cit., p. 205.

<sup>443</sup> *Vide*, entre outros, par. 526, da decisão instrutória no caso Katanga: “Apesar de certos autores terem associado o carácter essencial de uma contribuição – e, portanto, a capacidade de exercer um controlo conjunto sobre o crime – à sua realização na fase de execução, o Estatuto não é tão restritivo. A concepção do ataque, o fornecimento de armas e munições, o exercício do poder de deslocamento no terreno de tropas previamente recrutadas e treinadas e/ou a coordenação e supervisão das actividades dessas tropas podem constituir contribuições que devem ser consideradas como essenciais, seja qual for o momento em que são concretizadas (antes da execução do crime ou no decurso desta)”.

controlavam em conjunto a realização do plano, *na medida em que o respectivo contributo essencial de coordenação geral atribuía-lhes a eles, e só a eles, o poder de obstaculizar a sua concretização*<sup>444</sup>”, devemos deduzir que nada obsta a que os actos criminosos executados pelos membros da estrutura “militar” dirigida por Katanga sejam imputados a Ngudjiolo Chui e vice-versa<sup>445</sup>. Que tanto é dizer que, tendo em consideração a interpretação que o TPI faz da 2.<sup>a</sup> alternativa, al. a), n.º 3, art. 25.º, ER, a factualidade *sub judice* será, afinal, subsumível à co-autoria sem mais.

Em jeito de conclusão, parece-nos, pois, defensável afirmar que o Estatuto de Roma do TPI consagra em sede de comparticipação criminosa um “modelo de participação diferencial” dizendo a al. a), n.º 3, art. 25.º, ER, respeito à autoria e as als. b) a d) do mesmo artigo e número à participação *stricto sensu*<sup>446</sup>. Relativamente a esta última, só será punível na hipótese de o autor ter, ao menos, tentado cometer o crime (acessoriedade quantitativa). Diz Henrique Salinas que a inexistência de qualquer referencia literal à acessoriedade qualitativa deve levar-nos a duvidar “que as regras sobre comparticipação criminosa do Estatuto de Roma devam ser interpretadas à luz de uma separação entre o facto principal e as contribuições acessórias para esse facto, partindo-se do primeiro para se chegar à punição dos segundos<sup>447</sup>”. Pensamos, porém, que, exigindo o legislador a tentativa ou a consumação do facto principal, implicitamente estará a consagrar a chamada “acessoriedade extrema”<sup>448</sup>. Admite-se, em alternativa mas sem a necessária certeza, que a previsão expressa de o princípio da responsabilidade criminal

<sup>444</sup> Decisão instrutória no caso Katanga, par. 561 (o “itálico” é nosso).

<sup>445</sup> *Vide*, também, a nossa argumentação constante da nota de rodapé n.º 440.

<sup>446</sup> Em nossa opinião, a incitação ao genocídio prevista no art. 25.º, n.º 3, al. e), ER, não constitui nem uma forma particular de comparticipação criminosa (a incitação em si está já incluída no âmbito normativo do art. 25.º, n.º 3, al. b), ER) nem um crime autónomo, mas, sim, um simples acto integrável no grupo de actos constitutivos do crime de genocídio (cfr. art. 6.º, ER). Existe, pois, um manifesto lapso ou uma opção equivocada do legislador quando inscreve esta conduta no artigo respeitante à “responsabilidade criminal individual”, em vez de incluí-la simplesmente na previsão legal do sobredito crime. De outro modo, terá razão MONTEIRO, Henrique Salinas. “O artigo 25.º do Estatuto de Roma. Primeiras notas”, em *Direito e Justiça*. Lisboa: Universidade Católica Editora, vol. especial, 2006, p. 75: “Caso se considere este comportamento como crime autónomo, embora incluído entre as modalidades de comparticipação criminosa, chegamos a uma situação de impasse, pois não é cominada qualquer pena na norma que descreve o comportamento, pelo que se terá que concluir que o mesmo não é punível, por aplicação do princípio *nulla poena sine lege*, consagrado no artigo 23.º do Estatuto de Roma”.

<sup>447</sup> MONTEIRO, Henrique Salinas. “O artigo 25.º do Estatuto de Roma. Primeiras notas”. cit., p. 76.

<sup>448</sup> Tratando-se de uma “acessoriedade extrema” ou “hiper-acessoriedade”, a relevância jurídico-penal da intervenção do partícipe pressupõe e postula que o facto principal do autor seja típico, ilícito, culposo e concretamente punível.



individual (que tem por fundamento a pessoalidade da culpa<sup>449</sup>) permita afirmar que bastará que o partícipe intervenha no ilícito-típico do autor para ser punido (acessoriedade limitada)<sup>450</sup>.

Por outro lado e em conformidade com a interpretação que tem sido dada ao Estatuto pelo TPI, está aí fixado um conceito restritivo de autoria inspirado na teoria de o “domínio do facto”. Ou seja, é autor quem - mas só quem - tem o “domínio da acção” realizando fisicamente os elementos constitutivos do crime, ou tem o “domínio da vontade” mediante a “instrumentalização” do executor (que pode actuar com plena responsabilidade penal ou não), ou tem o “condomínio do facto” em virtude da essencialidade da respectiva contribuição tendo em vista a realização dos elementos objectivos do crime.

Finalmente e com relação à punição, o Estatuto de Roma não faz qualquer distinção explícita entre autor e partícipe contrariamente ao que seria de esperar num “modelo de participação diferencial”. Todavia, lembra Eser que “ao se obrigar o Tribunal a levar em conta fatores como ‘as condições pessoais do condenado’ na determinação da pena (artigo 78.º, n.º 1, ER), abre-se espaço para avaliar a prática do crime por parte do autor principal e as contribuições dos cúmplices de forma gradual<sup>451</sup>”. Acresce que o Regulamento Processual prevê expressamente que “o Tribunal, ao aplicar uma pena em conformidade com o n.º 1, art. 78.º, ER, (...) tomará em consideração, entre outras circunstâncias, (...) o grau de participação do condenado...” (art. 145.º, n.º 1, al. c), do Regulamento Processual).

## I.2. União Europeia e harmonização legislativa em matéria penal

Tendo as suas raízes históricas na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e na Comunidade Económica Europeia (CEE), a União Europeia propriamente dita é instituída muito mais recentemente pelo Tratado de

---

<sup>449</sup> Vide nota de rodapé n.º 441.

<sup>450</sup> Sobre a relevância “decisiva” do carácter individual da culpa na configuração da acessoriedade qualitativa ou interna, em termos de “apenas restar como correcta a tese da acessoriedade limitada”, vide DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 830.

<sup>451</sup> ESER, Albin. “Responsabilidade penal individual”. cit., p. 119. Vide, também, nota de rodapé n.º 385.

Maastricht<sup>452</sup>, mas só após o Tratado de Amesterdão<sup>453</sup> assume como objectivo “facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num *espaço de liberdade, segurança e justiça*”. Assim e designadamente no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal, a criação e desenvolvimento daquele espaço convertem-se no fim último a que tendem as ações em comum entre os Estados-Membros.

É possível assinalar ao espaço penal europeu as seguintes dimensões fundamentais:

- a) dimensão institucional, através da sua afectação ao quadro institucional único da União Europeia, em ordem a “assegurar a coerência, a eficácia e a continuidade” das ações empreendidas;
- b) dimensão política, reconduzível à superação de uma compreensão estritamente territorialista da ação criminal mediante a aceitação pelos Estados-Membros do exercício em comum das respectivas soberanias penais;
- c) dimensão física, evidenciando-se aí a pertença a um conjunto geográfico comum que sem significar a supressão das fronteiras penais nacionais se traduz, porém, na sua crescente “porosidade” ou permeabilidade;
- d) dimensão simbólica, em virtude da qual se promove a criação de um sentimento comum de justiça alicerçado num esforço continuado e aprofundado de ponderação ou equilíbrio entre as exigências de segurança e o respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana.

Todavia, as políticas desenvolvidas neste sector pela União Europeia têm privilegiado, sistematicamente, a segurança a expensas da liberdade. Assim, se é certo que o espaço penal europeu se tem vindo a converter numa área política e fisicamente cada vez mais integrada em virtude da sua afectação ao quadro institucional único da União, também parece inegável que esse espaço está hoje, sobretudo, adstrito à luta contra certas formas mais graves de criminalidade transnacional mediante a cooperação entre as autoridades policiais e judiciárias dos diversos Estados-Membros. Que tanto é dizer que se afirma, essencialmente, não

---

<sup>452</sup> Assinado em 7 de Fevereiro de 1992, o Tratado de Maastricht entrou em vigor a 1 de Novembro de 1993.

<sup>453</sup> Assinado em 2 de Outubro de 1997, o Tratado de Amesterdão entrou em vigor a 1 de Maio de 1999.

como um espaço europeu de justiça penal, mas, sim, como um espaço judiciário penal europeu.

Sendo, mas apenas desde Amesterdão, a harmonização legislativa em matéria penal uma das vias de construção deste “espaço de liberdade, segurança e justiça”, não nos será difícil concluir - face ao que dissemos já – que ela tem estado primordialmente ao serviço da cooperação. Ou seja, atua-se sobre o conteúdo material das normas juspenais dos Estados-Membros, em ordem a compatibilizá-las entre si tendo em vista a prossecução de um determinado objectivo estratégico de combate ao crime transfronteiriço. Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa<sup>454</sup>, dá-se preferência ao processo legislativo ordinário (processo de co-decisão), em prejuízo da decisão por unanimidade: o Conselho deliberando por maioria qualificada e não havendo oposição por parte do Parlamento Europeu (cfr. art. 294.º, Tratado sobre o funcionamento da União Europeia<sup>455</sup>) adopta por meio de directivas regras mínimas processuais penais e de direito penal material (cfr., respectivamente, arts. 82.º, n.º 2 e 83.º, n.º 1, Tratado sobre o funcionamento da União Europeia).

Referindo-nos, agora, apenas ao direito penal material, dever-se-á concluir que a harmonização favorece a chamada “harmonização extensiva”, claramente ditada por preocupações securitárias. Efetivamente, tendo o legislador comunitário optado unicamente pela fixação de *standards* ou padrões mínimos, os Estados têm autonomia, não apenas para incriminar outros comportamentos que possam integrar a infracção a harmonizar, como para estabelecer penas mais gravosas: só não lhes é permitido não criminalizar os comportamentos previstos e/ou aplicar penas abaixo dos limites fixados. Por outro lado, esta harmonização legislativa constitui uma harmonização “à superfície”<sup>456</sup>, em virtude de incidir apenas sobre a Parte Especial<sup>457</sup>, esquecendo, portanto, o crime em si e o direito das sanções penais:

---

<sup>454</sup> Assinado no mosteiro dos Jerónimos em 13 de Dezembro de 2007, o Tratado de Lisboa só entrou em vigor em 1 de Dezembro de 2009 em virtude de ter sido inicialmente rejeitado em referendo pelo eleitorado irlandês.

<sup>455</sup> Este e os demais artigos do Tratado de Lisboa são citados a partir de DUARTE, Maria Luísa; LOPES, Carlos Alberto. *Tratado de Lisboa: versão consolidada do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Lisboa: aafdl, 2008.

<sup>456</sup> Assim, FLORE, Daniel. “Une justice pénale européenne après Amsterdam”, em *Journal des tribunaux. Droit européen*, 1999, p. 123, *apud* RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 115.

<sup>457</sup> Em conformidade com o art. 83.º, n.º 1, 2.º parágrafo, Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, os domínios de criminalidade que devem ser objecto de harmonização são os seguintes: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e

imputação, autoria, causas de exclusão da ilicitude ou da culpa, penas principais e de substituição, etc. Destarte, sendo as regras gerais do facto punível definidas por cada Estado em conformidade com o seu direito interno, a concreta relevância penal das condutas a incriminar em comum há-de ser diferente de Estado para Estado, frustrando-se, ao menos parcialmente, os efeitos práticos da harmonização. Também Tiedemann afirma pensando no direito penal europeu que “a Parte Geral deve ser legalmente regulada na medida em que as suas regras de imputação compreendem uma ampliação da punibilidade no que respeita ao previsto na Parte Especial (participação, tentativa, etc.)<sup>458</sup>”.

Em suma: o direito penal europeu que emerge desta harmonização legislativa está distante de poder cumprir a dimensão simbólica que assinalámos atrás ao espaço penal europeu, convertendo-se, preferencialmente, num simples instrumento ao serviço da cooperação judiciária. Aliás, esta secundarização do direito penal europeu – que o reduz a uma sua funcionalização securitária e prejudica, assim e em definitivo, a sua capacidade para liderar um projeto de justiça penal na União - parece querida do legislador comunitário quando adscrive, expressamente, a harmonização aos esforços da União “para garantir um elevado nível de segurança”, e apenas, subsidiariamente (“se necessário”), à criação e aplicação de outras medidas mais efectivas (cfr. art. 67.º, n.º 3, Tratado sobre o funcionamento da União Europeia).

### I.2.1. A autoria no *Corpus Iuris*

Confirmando de algum modo as nossas observações críticas anteriores, Vervaele, que é um ilustre especialista em direito penal europeu, reconhece:

---

de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada.

<sup>458</sup> Citado em português a partir de TIEDEMANN, Klaus. “Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo”. Tradução de Adán Nieto Martín. *Revista Penal*, n.º 3, 1999, p. 85. Já CAEIRO, Pedro. “Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia”, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, fasc. 2.º (Abril-Junho 1996), p. 207, sustenta que “a desigualdade na aplicação do direito penal constituirá um custo que a preservação da identidade nacional impõe à CE, pelo menos enquanto não existir um sistema de direito comunitário penal. E esse sistema – não tenhamos pudor em afirmá-lo – só pode ser construído através da harmonização, não do direito penal positivo dos Estados-membros, mas da ciência penal europeia”.

“Os Estados membros continuam a salvaguardar a sua soberania nacional e o território nacional como ponto de partida da sua tutela penal, inclusive quando estão em causa assuntos transnacionais dentro da UE. (...) Sobretudo o Parlamento europeu, mas também a Comissão europeia, não puderam esconder a sua decepção face à estrutura em pilares, dotada de regras divergentes e, particularmente, face aos resultados do terceiro pilar. Ambas as instituições teriam preferido desenvolver a política comunitária em matéria de justiça aplicando as regras comunitárias vinculadas à agenda comunitária. Durante muito tempo os Estados membros resistiram a avançar neste sentido, invocando que não seria necessário harmonizar, porque tal significaria não reconhecer a presença da soberania nacional, sendo, portanto, suficientes as regras de cooperação em vigor. Ou seja, na perspectiva dos Estados bastaria aplicar essas regras real e efectivamente<sup>459</sup>”.

Em todo o caso, no âmbito restrito da tutela dos interesses financeiros da Comunidade Europeia e por iniciativa do Parlamento Europeu, a Comissão ordena a realização de um projeto de unificação do direito penal europeu confiado a uma equipa de especialistas liderada por Delmas-Marty. Assim, esses trabalhos - que se desenvolvem entre 1995 e 1996 – conduzem à publicação de o *Corpus Iuris* que compreende as seguintes partes: i) tipos especiais de crime; ii) regras de direito penal geral; iii) regras processuais penais concernentes à criação de um Ministério Público europeu e à instituição do chamado “Juiz das liberdades”; iv) garantias dos sujeitos processuais e direitos humanos. São, todavia, várias as vozes que, não apenas no universo político, mas também no mundo académico, se insurgem contra o projeto, acusando-o, designadamente, de ser incompatível com as ordens jurídico-constitucionais nacionais.

Por estas razões, o Parlamento Europeu e a Comissão solicitaram um novo estudo a uma comissão *ad hoc*, sob a direcção conjunta de Delmas-Marty e Vervaele. Tendo por objectivo, por um lado, alcançar a melhor síntese possível entre as distintas tradições jurídicas dos Estados-Membros e, por outro, aperfeiçoar tecnicamente a redação das disposições juspenais contidas no *Corpus Iuris*, a

---

<sup>459</sup> Citado em português a partir de VERVAELE, John A. E. “La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea”. Tradução de Laura Zúñiga Rodríguez. *Revista Penal*, n.º 9, 2002, pp. 139 e s.

sobredita comissão conclui e apresenta publicamente, em 2000, uma segunda versão da referida compilação legislativa: dividido em duas partes – uma de direito penal material, a outra de direito processual penal, o *Corpus Iuris* “arranca” da formulação de seis princípios básicos, a saber: princípios da legalidade, culpa, proporcionalidade, garantia judicial, territorialidade europeia e contraditório; segue-se a parte especial contendo oito artigos que prevêm cada um deles um tipo legal de crime: quatro são crimes comuns (fraude contra os interesses financeiros das Comunidades, fraude em procedimento concursal comunitário para adjudicação de contrato, branqueamento de capitais e receptação, associação criminosa contra os interesses financeiros das Comunidades), os outros quatro são crimes especiais cometidos por funcionários nacionais e/ou comunitários (corrupção, peculato, abuso de poderes, violação de segredo); os artigos 9.º a 17.º são regras de direito penal geral, respeitando os arts. 9.º a 13.º aos pressupostos da punição e os arts. 14.º a 17.º às consequências jurídicas do facto punível; vêm, depois, as regras de direito processual penal, incluindo-se aí as disposições relativas ao Ministério Público Europeu (arts. 18.º a 24.º) e ao processo penal propriamente dito (arts. 25.º a 34.º); por último, o artigo 35.º estabelece a regra de aplicação complementar do direito nacional<sup>460</sup>.

Neste quadro normativo renovado, o artigo 11.º (antigo art. 12.º) estatui, sob a epígrafe “Responsabilidade penal individual”:

“Todo o indivíduo poderá ser declarado responsável pelas infracções previamente definidas (arts. 1.º a 8.º) a título de autor, instigador ou cúmplice:

- é autor quem realiza o facto por si mesmo, conjuntamente com outra pessoa ou associação (art. 13.º), ou por intermédio de um terceiro não responsável;
- é instigador quem dolosamente determina uma pessoa física ou uma pessoa jurídica a praticar um crime;
- é cúmplice quem dolosamente auxilia uma pessoa física ou uma pessoa jurídica a praticar um crime.

---

<sup>460</sup> Segundo o art. 35.º, do *Corpus Iuris*: “1. Tendo em vista a aplicação dos artigos 1.º a 8.º, as regras definidas nos artigos 9.º a 34.º serão complementadas pelo direito nacional sempre que necessário. De acordo com a fase do processo, o direito nacional aplicável é o do lugar do inquérito, da instrução, do julgamento ou da execução da sentença. 2. Os artigos 9.º a 16.º serão complementados mediante a aplicação dos preceitos da lei nacional mais favoráveis ao arguido”.

A pena máxima aplicável ao cúmplice não poderá exceder as três quartas partes das penas estabelecidas no art. 14.<sup>o</sup>.

Parece-nos claro que o legislador opta por um “modelo de participação diferencial” em virtude das seguintes razões: a) a disciplina jurídica da autoria consta de uma alínea (“travessão”) específica; b) consagra-se expressamente a autoria mediata sujeitando-a ao princípio da auto-responsabilidade<sup>461</sup> e distinguindo-a da instigação (que não é autoria, mas, sim, participação no facto principal de outrem); estabelece-se *ex lege* uma atenuação especial obrigatória da pena aplicável ao cúmplice.

É verdade que não existe qualquer referência legal à acessoriedade (qualitativa), que é fundamento de um conceito restritivo de autoria, mas tal sucede, certamente, porque, dentro de uma concepção tripartida do facto punível (tipicidade, ilicitude e culpa) e estando, especialmente, consagrado o princípio da pessoalidade da culpa<sup>462</sup>, deve entender-se, implicitamente, aceite a “acessoriedade limitada”: só será punível o instigador ou cúmplice que participe no facto ilícito de um terceiro (autor).

Todavia, sustenta Margarida Silva Pereira que “este silêncio” do *Corpus Iuris* relativamente à acessoriedade “grita, sendo certo que estão os seus mentores cientes de que uma opção em sentido favorável ou desfavorável provocará truncagens grandes nos países destinatários. E perpassa (...) a ideia de que não se trata de esquecer ou repudiar um sistema de comparticipação. Trata-se, sim, de, uma vez dado por adquirido o seu reconhecimento, devolver ainda a cada âmbito nacional o primeiro passo para a definição das suas fronteiras<sup>463</sup>”. É dizer que sendo o direito nacional o direito complementar<sup>464</sup>, caberia, afinal, a este a última palavra

---

<sup>461</sup> Segundo o princípio da auto-responsabilidade, devem ser excluídas do âmbito da autoria mediata “todas as situações em que entre a conduta do homem-de-trás e o delito se interponha a actuação de um homem-da-frente (ou executor) plenamente responsável, isto é, que actue a título de culpa dolosa” (DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 777). Destarte, em todos os casos em que o “homem-da-frente” é penalmente responsável, o agente mediato só poderá ser qualificado como instigador ou cúmplice.

<sup>462</sup> Em conformidade com o princípio da pessoalidade da culpa, “a responsabilidade penal é pessoal. Determina-se a título de autor, de instigador ou cúmplice, segundo o comportamento do culpado e em função da sua própria responsabilidade” (Anexo II: princípios fundamentais de o *Corpus Iuris* 2000, acordado na reunião entre a comissão de especialistas incumbida da revisão de o *Corpus Iuris* e representantes da Associação de Juristas para a proteção dos interesses financeiros da Comunidade Europeia, reunião essa realizada em Maio de 1999 no Instituto Universitário Europeu de Florença, Itália).

<sup>463</sup> PEREIRA, Margarida Silva. “A comparticipação criminosa depois do Código Penal de 1982...”. cit., p. 806

<sup>464</sup> Vide nota de rodapé n.º 460.

sobre a real natureza (unitária ou não) do sistema de comparticipação criminosa previsto no *Corpus Iuris*. Não podemos, porém, concordar com esta Autora, na medida em que, constituindo as regras da parte geral um complemento da disciplina dos diversos tipos de crime previstos na parte especial, o objectivo precípua do *Corpus* – garantia de uma tutela igual dos interesses financeiros comunitários em todos os Estados-Membros – estaria seriamente comprometido sem uma definição comum do sistema de autoria: isto é, nos Estados que observam a “acessoriedade limitada” o partícipe num dos crimes tipificados neste código comunitário não seria punido na hipótese de o autor actuar atípica ou lícitamente em conformidade com o direito interno (cfr. art. 35.º, n.º 2, do *Corpus*), diferentemente do que se verificaria naqueles outros Estados que adoptam um conceito unitário de autoria.

Apesar de circunscrito à tutela penal de uma área de interesses específica (os interesses financeiros da Comunidade europeia), o projeto do *Corpus Iuris* não vingou. É que “para a aprovação de um ‘corpo’ de disposições legais como este seria necessário abordar, previamente, as pertinentes reformas institucionais conferindo ao Parlamento Europeu competência legislativa em matéria penal<sup>465</sup>”. Como avisadamente sublinha o Parlamento (Comissão das Liberdades Públicas e dos Assuntos Internos), na Exposição de Motivos, 2.ª Parte (“Perspectivas do direito penal material”), do seu Relatório sobre os procedimentos penais no quadro da União Europeia (*Corpus Iuris*), de 8 de Março de 1999<sup>466</sup>, “uma solução mais radical não permitiria ter em conta as importantes diferenças que ainda subsistem entre as culturas penais dos Estados-Membros e não poderíamos servir-nos do direito penal como força motriz da unificação política: o direito penal deveria, sim, constituir o resultado dessa unificação!”. De qualquer modo, o *Corpus Iuris* afirma-se como a primeira e até hoje única tentativa legislativa de unificação dos diversos sistemas penais nacionais, tentativa esta que deveria, a nosso ver, ser repetida e alargada à tutela de outros bens jurídicos tendo em vista a criação de um espaço europeu de justiça penal que possa beneficiar-se do que têm de melhor as duas grandes culturas jurídicas em confronto: “anglo-saxónica”, mais centrada no indivíduo e nos seus direitos e a “continental”, mais atenta ao Estado e aos seus

<sup>465</sup> MORALES PRATS, Fermín. “Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Unión Europea: reflexiones a propósito del ‘Corpus Iuris’”, em *Revista Penal*, n.º 3, 1999, p. 31.

<sup>466</sup> Disponível em [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu); consultado em 06/08/2011.



interesses. Todavia e para tanto, será indispensável como afirma Pedro Caeiro “(...) a instituição de um procedimento de elaboração do direito democraticamente legítimo, de forma a respeitar as garantias e as tradições constitucionais dos Estados-membros. Tal procedimento teria certamente de integrar uma intervenção decisiva do Parlamento Europeu<sup>467</sup>”.

### I.2.2. Jurisprudência do Tribunal da União Europeia

Se, por um lado, parece razoável afirmar que a teoria do domínio do facto estando mais intimamente conexas com a execução constitui uma causa de extensão da tipicidade menos ampla do que a que está implícita num conceito extensivo ou unitário de autor assente na ideia de causalidade e sendo certo, por outro, que o princípio da tipicidade assume uma relevância decisiva no que respeita à observância do princípio da legalidade criminal (sobretudo, na sua dimensão de certeza ou determinabilidade da lei penal), poder-se-á concluir que, à excepção da teoria formal-objectiva (que é, todavia, inaceitável em virtude das lacunas de punibilidade que cria), a teoria do domínio do facto será – de entre todas as outras concepções de autoria – a que cumpre mais estritamente os ditames de um Estado de direito democrático. Ora, sendo os direitos e liberdades individuais (incluindo-se aí o princípio da legalidade criminal) uma dimensão tradicional e irrenunciável desse modo de ser da juricidade estatal, convirá conhecer ainda que sumariamente a intervenção que o Tribunal de Justiça da União Europeia (antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias) tem vindo a assumir na assunção pelo ordenamento comunitário do património jurídico-constitucional dos Estados-Membros, designadamente em sede de direitos fundamentais.

Tendo por referência a posição inicial do Tribunal de Justiça das Comunidades nos finais da década de 50 do século passado, quando se negava a conhecer das alegadas violações de direitos fundamentais tutelados nas Constituições dos Estados-Membros, Grasso afirma que essa sub-valorização do papel desempenhado a nível comunitário pelos *Grundrechte* “contribuiu para debilitar a legitimidade democrática da Comunidade e favoreceu o surgimento de posturas restritivas relativamente à autonomia do ordenamento comunitário dentro

---

<sup>467</sup> CAEIRO, Pedro. “Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia”. cit., p. 205.

da esfera de acção das jurisdições nacionais mais sensíveis à problemática da tutela dos direitos fundamentais<sup>468</sup>”. Todavia, esse entendimento do Tribunal de Justiça sofreria mais tarde uma alteração radical vindo esta instância judiciária comunitária a criar e desenvolver um sistema de protecção dos direitos fundamentais assente, basicamente, em dois pilares, a saber: por um lado, as “tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros” e, por outro, os Tratados internacionais que vinculam os Estados-Membros, particularmente a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>469</sup>. Assim, no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de Maio de 1974<sup>470</sup>, afirma-se que, tratando-se da tutela dos direitos fundamentais, “o Tribunal (...) deve inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e não pode, assim, admitir medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas constituições destes Estados<sup>471</sup>”. Acrescentando-se ainda: “Os instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem, em que os Estados-membros colaboraram ou a que aderiram, podem igualmente dar indicações que é conveniente tomar em consideração no âmbito do direito comunitário<sup>472</sup>”. Diz Grassio que, partindo da referência feita pelo Tribunal nesta decisão aos direitos fundamentais reconhecidos pelos Estados-Membros, “uma parte da doutrina (...) considera que o Tribunal de Justiça acolheu expressamente o princípio do ‘escalão máximo’ de tutela dos direitos fundamentais: no ordenamento comunitário deve negar-se legitimidade a uma actuação normativa ou administrativa contrária a um direito fundamental, inclusivamente se ele está reconhecido entre os Estados

<sup>468</sup> Citado em português a partir de GRASSO, Giovanni. “La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y su repercusión en los sistemas penales de los Estados miembros”, em ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus (orgs.). *Estudios de derecho penal económico*. Cuenca: Ed. de la Universidad de Castilla-La-Mancha, 1994, p. 295.

<sup>469</sup> Adoptada em Roma, a 4 de Novembro de 1950, Portugal só adere à Convenção Europeia dos Direitos do Homem em 22 de Setembro de 1976, sendo esta Convenção aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, e tendo entrado em vigor na ordem jurídica portuguesa a 9 de Novembro de 1978.

<sup>470</sup> Caso *Nold/Comissão*, requerendo o demandante a anulação de uma Decisão da Comissão relativa à autorização de novas regras de venda que favoreceriam uma sociedade produtora de carvão, na medida em que essa decisão, para além de outros vícios, seria lesiva de o direito ao livre exercício das actividades profissionais. Disponível em <http://curia.europa.eu/ft/content/juris/index.htm>; consultado em 09/08/2011.

<sup>471</sup> Acórdão do TJ, de 14.5.1974 (Proc. 4/73), par. 13.

<sup>472</sup> *Ibidem*.

membros apenas num único sistema constitucional<sup>473</sup>”. Devemos, porém, preferir o entendimento que exclui tanto o *standard* máximo de tutela como a solução diametralmente oposta “que alude a uma espécie de ‘mínimo denominador comum’ das legislações nacionais favorecendo a opção mais tosca e menos garantista<sup>474</sup>”. Aliás, será esse meio termo que o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de Setembro de 1989<sup>475</sup>, subscreve quando, analisando “as exigências decorrentes do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio”, acentua que no que respeita às empresas aquele direito não “se impõe na ordem jurídica comunitária como princípio comum aos direitos dos Estados-membros (...), uma vez que os sistemas jurídicos dos Estados-membros apresentam divergências não desprezíveis no que se refere à natureza e grau de protecção das instalações comerciais face às intervenções das autoridades públicas<sup>476</sup>”. Em conclusão: inscrever-se-ão nas “tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros” todos os direitos fundamentais tutelados “em um número de Estados membros suficiente para se poder afirmar que a protecção desses direitos representa uma ‘tendência geral’ ou uma ‘posição dominante’ no âmbito dos Estados membros<sup>477</sup>”.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça vem desde há largos anos atribuindo um significado especial à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No citado Acórdão *Hoechst/Comissão*, afirma-se expressamente que, no âmbito dos direitos fundamentais que integram o acervo comunitário, “assume especial significado (...) a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950<sup>478</sup>”. De entre os vários preceitos da Convenção referidos pelo Tribunal, interessa-nos em particular o artigo 7.º respeitante ao princípio da legalidade criminal<sup>479</sup>. Neste sentido, convém mencionar

---

<sup>473</sup> Citado em português a partir de GRASSO, Giovanni. “La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario...”. cit., p. 298.

<sup>474</sup> Citado em português a partir de GRASSO, Giovanni. “La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario...”. cit., p. 300.

<sup>475</sup> Caso *Hoechts/Comissão*, tendo o autor interposto um recurso de anulação de diversas decisões da Comissão, invocando como fundamento a violação por parte desse órgão comunitário de direitos processuais fundamentais do acusado. Disponível em <http://curia.europa.eu/fr/content/juris/index.htm>; consultado em 09/08/2011.

<sup>476</sup> Acórdão do TJ, de 21.9.1989 (Procs. apensos 46/87 e 227/88), par. 17.

<sup>477</sup> Citado em português a partir de GRASSO, Giovanni. “La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario...”. cit., p. 300.

<sup>478</sup> Acórdão do TJ, de 21.9.1989 (Procs. apensos 46/87 e 227/88), par. 13.

<sup>479</sup> Sob a epígrafe “Princípio da legalidade”, o artigo 7.º, CEDH, estatui: “1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida. 2. O presente artigo não

o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de Julho de 1984<sup>480</sup>, que a respeito da eficácia retroactiva de um Regulamento dispõe que “o efeito de tal retroactividade não pode ser (...) o de justificar *a posteriori* medidas nacionais de carácter penal e que imponham sanções por uma acção que, na realidade, não era punível no momento em que foi praticada<sup>481</sup>”. E justifica: “O princípio de a não retroactividade das disposições penais é um princípio comum a todos os ordenamentos jurídicos de os Estados membros, consagrado pelo artigo 7 de o Convénio Europeu para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais como um direito fundamental que integra os princípios gerais de Direito cujo respeito o Tribunal de Justiça garante<sup>482</sup>”.

Também no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de Outubro de 1987<sup>483</sup>, se alude, sem citar expressamente a Convenção Europeia, ao significado essencial na esfera do direito comunitário da proibição da retroactividade da lei penal e da certeza do Direito. Destarte, respondendo à questão da possibilidade de aplicação no âmbito de um processo penal das “disposições de uma directiva que ainda não tenha sido transposta para o direito nacional do Estado-membro”, o Tribunal determina “que, conforme jurisprudência constante do Tribunal (...), sempre que as disposições de uma directiva se revelem, do ponto de vista do seu conteúdo, *incondicionais e suficientemente precisas*, os particulares podem invocá-las contra o Estado, seja quando este deixe de transpor, no prazo determinado, a directiva para o direito nacional, seja quando proceda a uma transposição incorrecta da mesma (o “*itálico*” é nosso)<sup>484</sup>”. Mais adiante e relativamente à questão de “saber em que medida o juiz nacional deve ou pode ter em conta uma directiva enquanto elemento de interpretação de uma norma do seu direito nacional”, fixa-se o seguinte princípio (que é um corolário da proibição de retroactividade da lei penal): “Uma directiva

---

invalidará a sentença ou pena de uma pessoa culpada de uma acção ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”.

<sup>480</sup> Caso *Kirk*, respeitante à apreciação de uma questão prejudicial sobre a interpretação do Direito comunitário em matéria de pesca, nos termos da qual se avalia a compatibilidade de uma decisão interna face ao princípio da não discriminação. Disponível em <http://curia.europa.eu/fr/content/juris/index.htm>; consultado em 10/08/2011.

<sup>481</sup> Acórdão do TJ, de 10.7.1984 (Proc. 63/83), par. 21.

<sup>482</sup> *Ibidem*, par. 22.

<sup>483</sup> Caso *Kolpinghuis Nijmegen BV*, tratando-se aí de uma decisão a título prejudicial sobre a relevância material na ordem jurídica interna de uma Directiva ainda não transposta à data dos factos. Disponível em <http://curia.europa.eu/fr/content/juris/index.htm>; consultado em 10/08/2011.

<sup>484</sup> Acórdão do TJ, de 8.10.1987 (Proc. 80/86), par. 7.

não pode ter como efeito, por si própria e independentemente de uma lei interna adoptada por um Estado-membro para a sua aplicação, determinar ou agravar a responsabilidade penal de quem quer que aja em violação das suas disposições<sup>485</sup>”. Corroborando esta última posição jurisdicional, tem particular interesse o Acórdão do TJ, de 3 de Maio de 2005<sup>486</sup>, emanado na sequência de uma questão prejudicial posta pelo Tribunal de Milão a respeito do normativo legal a observar em matéria de informações falsas sobre a situação económico-financeira de sociedades de capitais. Diz-se aí que, devendo o TJ reconhecer que “o princípio de aplicação retroactiva da pena menos severa faz parte das tradições constitucionais comuns aos Estados membros<sup>487</sup>”, o juiz nacional não pode desaplicar *in casu* certas disposições de direito interno, que revogam outras mais gravosas vigentes à data dos factos, argumentando que as primeiras (i.e, as menos severas) são contrárias à Directiva comunitária 68/151/CEE<sup>488</sup>. É que desta sorte estaria esta Directiva *de per se* a agravar (mediante a repristinação das normas legais revogadas) a responsabilidade penal dos arguidos.

É, todavia, menos clara a inferência decisória que o TJ retira noutras ocasiões dos instrumentos internacionais de salvaguarda dos direitos humanos, particularmente da citada Convenção Europeia. Tal verifica-se, designadamente, no Acórdão do TJ, de 28.6.2005<sup>489</sup>, que aprecia o recurso apresentado por diversas grandes empresas europeias contra a decisão do Tribunal de Primeira Instância, que confirmara as coimas fixadas às sobreditas empresas pela Comissão com fundamento na violação das regras comunitárias de concorrência (cfr. arts. 81.º e 82.º, do TCE). Estando em discussão o emprego por aquela instituição comunitária de um novo método de cálculo, genericamente mais gravoso que o seguido antes e que “vigorava” à data da prática das infracções sancionadas, os recorrentes invocam a seu favor, entre outras razões jurídicas, a violação do princípio de proibição de retroactividade das leis penais (ou equiparáveis). A este respeito, a posição adoptada pelo TJ é, ao menos, estranha: se, por um lado, reconhece que “(...) atendendo, nomeadamente, aos seus efeitos jurídicos e ao seu alcance geral (...),

---

<sup>485</sup> *Ibidem*, par. 13.

<sup>486</sup> Disponível em [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu); consultado em 10/08/2011.

<sup>487</sup> Acórdão do TJ, de 3.5.2005 (Procs. apensos C-387/02, C-391/02 e C-403/02), par. 68.

<sup>488</sup> “Primeira Directiva do Conselho, de 9 de Março de 1968, destinada à coordenação, a fim de as tornar equivalentes, das garantias que são exigidas nos Estados membros às sociedades no sentido do artigo 58, segunda alínea, do Tratado, tendo em vista a protecção dos interesses quer dos sócios quer de terceiros” *in* JO L 65 (disponível em [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu); consultado em 10/08/2011).

<sup>489</sup> Disponível em [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu); consultado em 10/08/2011.

aquelas regras de conduta (adoptadas de início pela Comissão) relevam, em princípio, da noção de ‘direito’ no sentido que lhe é atribuído pelo artigo 7.º, parágrafo 1, do CEDH<sup>490491</sup>”, acaba, por outro, por concluir não existir *in casu* inobservância do sobredito princípio, pois “(...) as linhas directoras e, particularmente, o novo método de cálculo das coimas que elas compreendem (...) eram razoavelmente previsíveis para empresas como as recorrentes à época em que as infracções em apreciação foram cometidas<sup>492</sup>”. Porém e a nosso ver, o verdadeiro fundamento desta resolução está na seguinte conclusão assumida pelo próprio TJ: “(...) deriva da jurisprudência do Tribunal que a circunstância da Comissão ter aplicado, no passado, coimas de um certo nível a diferentes tipos de infracções não deveria privá-la da faculdade de elevar esse nível dentro dos limites indicados no Regulamento n.º 17<sup>493</sup>, se tal se revelar necessário para assegurar a realização da política comunitária de concorrência; antes, pelo contrário, a aplicação efectiva das regras comunitárias de concorrência exige que a Comissão possa a todo o tempo adaptar o nível das coimas às exigências dessa política<sup>494</sup>”. Ou seja: à estrita compreensão do princípio da proibição da retroactividade devem sobrepor-se as necessidades da política comunitária.

De igual modo, parece-nos questionável a argumentação usada pelo TJ no sentido de excluir a violação do princípio da certeza ou determinabilidade da lei penal na enumeração feita pela Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002<sup>495</sup>, *ex vi* artigo 2.º, n.º 2. Faz-se aí a “catalogação” das infracções que possibilitam a entrega do respectivo agente “sem controlo da dupla incriminação do facto” (isto é, ainda que não constituam crime à luz de o direito do Estado membro de execução), desde que “sejam puníveis no Estado-Membro de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos”. Em sede de reenvio prejudicial, o recorrente advoga reflexamente (a lei que ele “ataca” de modo imediato é a que transpõe para a ordem jurídica interna a

---

<sup>490</sup> Vide nota de rodapé n.º 479.

<sup>491</sup> Acórdão do TJ, de 28.6.2005, par. 223.

<sup>492</sup> Acórdão do TJ, de 28.6.2005, par. 231.

<sup>493</sup> “Primeiro regulamento de aplicação dos artigos 85 e 86 do tratado”, de 6 de Fevereiro de 1962, *in* JO L 13 (disponível em [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu); consultado em 10/08/2011).

<sup>494</sup> Acórdão do TJ, de 28.6.2005, par. 227.

<sup>495</sup> Trata-se da Decisão-Quadro 2002/584/JAI “relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros” *in* JO L 190 (disponível em [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu); consultado em 10/08/2011).

norma comunitária) a invalidade da referida Decisão-Quadro, invocando, entre outras razões, a de que “não satisfaz as exigências do princípio da legalidade em matéria penal, uma vez que enumera, não infracções tendo um conteúdo normativo suficientemente claro e preciso, mas unicamente categorias vagas respeitantes a condutas indesejáveis. A autoridade judiciária incumbida da execução de um mandado de detenção europeu disporá, portanto, de informações insuficientes para controlar com rigor se as infracções em virtude das quais a pessoa procurada é perseguida, ou por força das quais foi objecto de uma pena, se inscrevem ou não numa das categorias constantes do artigo 5.º, parágrafo 2, da sobredita lei<sup>496</sup>”. Na sua resposta, o TJ, embora reconheça que o princípio *nullum crimen* “(...) implica que a lei defina claramente as infracções e as penas que as reprimem<sup>498</sup>”, conclui que, não visando a presente decisão-quadro a harmonização das infracções em causa no que respeita aos seus elementos constitutivos e às penas que lhes estão adstritas, “a definição daquelas e das sanções aplicáveis constitui assunto da exclusiva competência do direito do Estado membro de emissão, o qual (...) deve respeitar os direitos fundamentais e os princípios jurídicos fundamentais nos termos consagrados no artigo 6.º, do TUE<sup>499</sup>, e, consequentemente, o princípio de legalidade dos crimes e das penas<sup>500</sup>”. Ainda que o “mandado de detenção europeu”, em virtude da sua natureza particular que faz dele “(...) a primeira concretização, no domínio do direito penal, do princípio do reconhecimento mútuo<sup>501</sup>, que o Conselho Europeu qualificou de ‘pedra angular’ da cooperação

<sup>496</sup> O art. 5.º, par. 2, da lei belga, transpõe para o direito interno o art. 2.º, n.º 2, da decisão-quadro, referido em texto.

<sup>497</sup> Acórdão do TJ, de 3.5.2007, par. 13.

<sup>498</sup> Acórdão do TJ, de 3.5.2007, par. 50.

<sup>499</sup> O art. 6.º, n.º 2, TUE, dispõe: “A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário”.

<sup>500</sup> Acórdão do TJ, de 3.5.2007, par. 53.

<sup>501</sup> Em conformidade com o princípio comunitário do reconhecimento mútuo, “desde que uma decisão é tomada por uma autoridade judiciária competente, em virtude do direito do Estado-Membro de onde procede, em conformidade com o direito desse Estado, essa decisão deve ter um *efeito pleno e directo* sobre o conjunto da União. Isto significa que as autoridades competentes do Estado-Membro no território do qual a decisão pode ser executada devem prestar a sua colaboração à execução dessa decisão como se se tratasse de uma decisão tomada por uma autoridade competente deste Estado” (FLORE, Daniel. “Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité”, em KERCHOVE, Gilles; WEYEMBERGH, Anne (coords.). *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l’Union européenne*. Bruxelles: Éditions de l’Université de Bruxelles, 2001, p. 75, *apud* RODRIGUES, A. Miranda. *O direito penal europeu emergente*. cit., p. 70).

judiciária<sup>502</sup>”, pressuponha a confiança recíproca dos Estados membros nos respectivos sistemas de justiça criminal, estamos convencidos que a plena defesa dos direitos da pessoa procurada não poderá nem deverá dispensar a tipificação das infracções abrangidas pela cláusula excepcional de exclusão de o “controlo da dupla incriminação do facto”.

Poderíamos acrescentar ainda outros Acórdãos do TJ que nos causam, igualmente, alguma perplexidade nas conclusões a que se chega no que respeita ao cumprimento dos corolários do princípio da legalidade criminal. Assim, v.g., no Acórdão do TJ, de 3 de Junho de 2008<sup>503</sup>, aprecia-se, a título prejudicial e para além doutras questões, se o artigo 4.º da Directiva “relativa à poluição por navios e à introdução de sanções em caso de infracções”<sup>504</sup> é inválido na medida em que a expressão “negligência grave” aí incluída viola o princípio da segurança jurídica. Vendo no princípio da legalidade dos crimes e das penas “uma expressão específica do princípio geral da segurança jurídica<sup>505</sup>”, o TJ considera que conceitos como o de *negligência grave* “(...) estão plenamente integrados e são utilizados nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros<sup>506</sup>”. Por outro lado, devendo os Estados membros transpor as directivas para as respectivas ordens jurídicas internas, “(...) a própria definição das infracções visadas no artigo 4.º desta directiva e as sanções aplicáveis são aquelas que resultam das regras decretadas pelos Estados-Membros<sup>507</sup>”. Sem ignorar a pertinência destas observações, parece-nos que o princípio *nullum crimen* – que obriga (aliás, como o Tribunal de Justiça reiteradamente reconhece) as próprias instituições comunitárias - seria melhor acautelado caso a presente directiva tivesse definido a noção em causa<sup>508</sup>.

<sup>502</sup> Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, 6.º “considerando” (citada em nota de rodapé n.º 495).

<sup>503</sup> Disponível em eur-lex.europa.eu; consultado em 10/08/2011.

<sup>504</sup> Directiva 2005/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Setembro de 2005, estatuinto-se aí, no seu art. 4.º: “Os Estados-Membros devem assegurar que as descargas de substâncias poluentes de navios em qualquer das zonas referidas no n.º 1 do artigo 3.º (águas interiores, mar territorial, estreitos internacionais, zona económica exclusiva e alto mar) sejam consideradas infracções, se cometidas com dolo, mera culpa ou negligência grave. Estas infracções são consideradas infracções penais pela Decisão-Quadro 2005/667/JAI, que complementa a presente directiva, e nas circunstâncias previstas na referida decisão” (vide JO L 255 – disponível em eur-lex.europa.eu; consultado em 10/08/2011).

<sup>505</sup> Acórdão do TJ, de 3.6.2008, par. 70.

<sup>506</sup> Acórdão do TJ, de 3.6.2008, par. 74.

<sup>507</sup> Acórdão do TJ, de 3.6.2008, par. 78.

<sup>508</sup> Entre nós e tendo por base o artigo 15.º, CP, a doutrina costuma distinguir entre “negligência consciente” e “negligência inconsciente” (vide, por todos, DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal* –



Quer-nos parecer, assim, manifestamente insuficiente a tutela que o Tribunal de Justiça tem vindo a oferecer no domínio dos direitos fundamentais. Diz Grasso que o recurso às “tradições constitucionais comuns” obriga o Tribunal “a socorrer-se de uma *wertende Rechtsvergleichung*, cuja conhecida complexidade aumenta ainda mais em virtude das diferenças entre os sistemas jurídico-constitucionais de os Estados membros e da impossibilidade de transpor para o sistema comunitário algumas das garantias previstas nas legislações nacionais<sup>509</sup>”. Acresce que, dentro do quadro normativo do antigo 3.º pilar<sup>510</sup>, o controlo jurisdicional, a título prejudicial, está na total disponibilidade dos Estados-Membros: o Tribunal de Justiça só pode “decidir a título prejudicial sobre a validade e a interpretação das decisões-quadro” mediante uma declaração de aceitação prévia por parte dos Estados (cfr. art. 35.º, ns.º 1 e 2, TUE).

Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, um novo catálogo de direitos fundamentais – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>511</sup> – passou a fazer parte do direito primário europeu. Efectivamente, o artigo 6.º, n.º 1, Tratado da União Europeia, reconhece aos direitos e princípios enunciados na Carta “o mesmo valor jurídico que os Tratados”. Assim, também o princípio da legalidade criminal previsto no art. 49.º, n.º 1, da Carta, cujo sentido e âmbito (à excepção do último período<sup>512</sup>) são iguais aos do art. 7.º, n.º 1, da CEDH, vincula hoje de acordo

---

*Parte Geral*. cit., pp. 861 e ss.). Quando e no que respeita ao tipo especial “Poluição” (art. 279.º, CP), o legislador apenas considera punível o agente, doloso ou negligente, que actuar “de forma grave” não está, obviamente, a qualificar, *subjectiva*, mas, sim, *objectivamente* e nos termos do n.º 3 do artigo citado, a conduta criminosa.

<sup>509</sup> Citado em português a partir de GRASSO, Giovanni. “La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario...” cit., p. 301.

<sup>510</sup> O chamado “3.º pilar” da União Europeia assenta no Título VI (“Disposições relativas à cooperação policial e judiciária em matéria penal”), do Tratado da União Europeia que antecede a entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

<sup>511</sup> Elaborada por uma convenção composta por representantes dos Estados-Membros e da Comissão, bem como por deputados do Parlamento Europeu e dos parlamentos nacionais, a Carta foi formalmente adoptada em Nice, a 7 de Dezembro de 2000, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho Europeu e pela Comissão Europeia. Tendo, entretanto, sofrido algumas alterações, a Carta foi proclamada pela segunda vez à data da assinatura em Lisboa, a 13 de Dezembro de 2007, do actual Tratado da União Europeia.

<sup>512</sup> Trata-se da regra da retroactividade da lei penal mais favorável (*lex mellior*), regra esta que a CEDH não prevê expressamente, mas é consagrada pelas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, constando ainda do artigo 15.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos. Aliás e ainda antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, já o Tribunal de Justiça se pronunciara a favor da relevância jurídica deste princípio no espaço comunitário (*vide* Acórdão do TJ, de 3.5.2005, referido em texto). Também através do Acórdão do TJ, de 29.10.98 (*maxime*, par. 45), mas, agora, não se opondo que à luz do sobredito princípio um tribunal belga possa aplicar retroactivamente certas disposições de uma Directiva mais favoráveis ao agente, o TJ admite que um nacional de um país terceiro, condenado em 1.ª instância numa pena de multa por condução sem carta de um veículo a motor, possa ser absolvido em virtude de estar na posse de uma “carta modelo

com as respectivas competências “as instituições, órgãos e organismos da União, (...) bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União” (cfr. art. 51.º, n.º 1, da Carta). Em todo o caso, se compararmos o referido artigo da Carta e o disposto no n.º 2 do art. 22.º, ER<sup>513</sup>, verificaremos que o conteúdo de sentido deste último se revela muito mais explícito no que respeita aos corolários do princípio da legalidade criminal, *maxime* quanto à exigência de certeza da lei penal (*lex certa*): ao contrário da previsão expressa constante do sobredito artigo do Estatuto de Roma (“a previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia”), na Carta apenas o princípio da proporcionalidade consagrado no n.º 3, art. 49.º (“as penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção”) poderá levar-nos implicitamente a concluir pela determinabilidade da lei penal, uma vez que só será possível efectuar um juízo de ponderação entre a concreta relevância axiológico-material da proibição (conduta criminosa) e a extensão da restrição (pena), em termos de idoneidade e necessidade<sup>514</sup>, se o facto punível estiver suficientemente definido.

Por outro lado, o Tratado de Lisboa prevê a adesão da própria União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (cfr. art. 6.º, n.º 2, Tratado da União Europeia). Todavia, o respectivo acordo de adesão deverá ser adoptado por unanimidade pelo Conselho e só entrará em vigor após ter sido aprovado por todos os Estados-Membros, em conformidade com as respectivas normas constitucionais (cfr. art. 218.º, n.º 8, Tratado sobre o funcionamento da União Europeia). De entre as vantagens que a adesão da União à CEDH proporcionará à comunidade europeia no seu todo e a cada cidadão europeu em particular convém evidenciar especialmente as seguintes: a) independentemente e mais importante do que as questões técnicas que a intervenção paralela dos dois Tribunais – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e Tribunal de Justiça da União Europeia –, por certo, suscitará (v.g., compatibilização da obrigação prevista

---

comunitário” emitida por outro Estado membro (disponível em [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu); consultado em 10/08/2011).

<sup>513</sup> Vide nota de rodapé n.º 439.

<sup>514</sup> Vide a este respeito, entre outros, o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 24 de Setembro de 1985, respeitante ao caso *The Queen, ex parte E.D.&F. Man (Sugar) Ltd c/ IBAP* (Proc. 181/84), par. 20. Disponível em <http://curia.europa.eu/fr/content/juris/index.htm>; consultado em 12/08/2011.

no art. 344.º, Tratado sobre o funcionamento da União Europeia<sup>515</sup>, com a faculdade conferida a qualquer Alta Parte Contratante de submeter à apreciação do TEDH “qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante”, *ex vi* art. 33.º, CEDH), será podermos confiar em que a cooperação reforçada entre aquelas duas instâncias judiciais supremas contribuirá para a criação e desenvolvimento de um sistema jurisprudencial europeu mais efectivo e coerente no domínio dos direitos humanos; b) a possibilidade de recurso por parte das pessoas singulares junto do TEDH contra actos de aplicação do direito da União praticados ou pelas suas próprias instituições ou pelos Estados-Membros<sup>516</sup>, reforçará significativamente a tutela dos cidadãos no domínio dos direitos reconhecidos na Convenção, somando-se, assim, à protecção concedida pelos tribunais nacionais no que respeita aos direitos e liberdades garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (cfr. art. 47.º, & 1, da Carta).

Finalmente e na sequência da “comunitarização” do 3.º pilar, cessam as anteriores restrições à competência fiscalizadora do Tribunal de Justiça no âmbito do Título VI. Em todo o caso, subsiste a dupla restrição de ordem material que obsta a que o Tribunal de Justiça possa “fiscalizar a validade ou a proporcionalidade” das operações policiais ou de outros serviços de execução das leis num Estado-Membro, assim como pronunciar-se “sobre o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros” na manutenção da ordem pública interna, ainda que esses actos sejam realizados tendo em vista a execução do direito da União (cfr. art. 276.º, Tratado sobre o funcionamento da União Europeia).

De qualquer modo e em jeito de conclusão, talvez possamos associar-nos a Grasso quando, prognosticando um acréscimo do nível de protecção dos direitos fundamentais no âmbito do ordenamento comunitário, sustenta que as duas realidades (isto é, Carta e adesão à Convenção) têm “a vantagem de incrementar a certeza do Direito, configurando claramente as posições subjectivas individuais

---

<sup>515</sup> Artigo 344.º, Tratado sobre o funcionamento da União Europeia: “Os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos”.

<sup>516</sup> Em conformidade com o artigo 34.º, CEDH, “o Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito”.

garantidas perante as instituições comunitárias (e, no âmbito do direito da União, também face às autoridades dos Estados membros) e consolidando, destarte, a ‘legitimação democrática’ do próprio ordenamento comunitário<sup>517</sup>”.

---

<sup>517</sup> Citado em português a partir de GRASSO, Giovanni. “La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario...”. cit., p. 316.

## II

### OS TRIBUNAIS NACIONAIS E O CONCEITO DE AUTORIA

#### II.1. Tribunal Constitucional

É jurisprudência constante do Tribunal Constitucional (TC) o entendimento segundo o qual a competência que lhe é atribuída pela CRP diz exclusivamente respeito ao controlo da constitucionalidade normativa: “O Tribunal Constitucional português é (...) um tribunal de *normas*, não lhe cabendo apreciar a conformidade da decisão recorrida nem, de qualquer outro modo, sindicar as decisões proferidas por outros tribunais<sup>518</sup>”. Neste sentido, o nosso sistema jurídico-constitucional não possibilita aos particulares sindicar a observância por parte dos órgãos judiciais nas decisões que produzem dos direitos e liberdades individuais, diversamente do que se verifica em certas Leis fundamentais estrangeiras (v.g., com o chamado “recurso de amparo” espanhol<sup>519</sup>): a intervenção do TC reduz-se à apreciação da eventual desconformidade face à Constituição ou da(s) norma(s) ordinária(s) em si ou de um certo sentido normativo extraído pelo tribunal *a quo* da(s) norma(s) concretamente aplicada(s)<sup>520</sup>.

---

<sup>518</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 81/2011, 1.ª Secção, de 15 de Fevereiro de 2011 (Processo n.º 656/10), relatado por José Borges Soeiro, par. 4 (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>519</sup> Trata-se de um importante instrumento de defesa dos “direitos e liberdades” inscritos na Secção I, Capítulo II, da Constituição espanhola, accionável por particulares ou pessoas jurídicas perante o Tribunal Constitucional contra actos dos poderes públicos de natureza administrativa, judicial ou até parlamentar (à excepção das leis).

<sup>520</sup> Diz o representante do Ministério Público no Tribunal Constitucional, *in* Acórdão do TC n.º 6/2011, de 4 de Janeiro (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)): “A distinção entre os casos em que a inconstitucionalidade é imputada à interpretação normativa daqueles em que é imputada directamente à decisão judicial radica em que, na primeira hipótese, é discernível que o que se pretende confrontar com a Constituição é um critério normativo (ao qual depois se subsume o caso concreto em apreço), com carácter de generalidade, e, por isso, susceptível de aplicação a outras situações, enquanto, na segunda hipótese, está em causa a aplicação dos critérios normativos tidos

Por outro lado, inexistindo até à presente data uma decisão do TC que incida, directa ou indirectamente, sobre a problemática da autoria em direito penal, analisaremos apenas os Acórdãos que relevam para a apreciação dos parâmetros constitucionais implicados na dilucidação das questões objecto do presente estudo: isto é, o princípio da legalidade criminal nas suas dimensões de certeza ou determinabilidade e de reserva de lei formal, respectivamente.

### II.1.1. Análise da jurisprudência

Respeitando os critérios de selecção atrás indicados e tendo por referência uma certa facticidade *sub judicio* ideograficamente “agregada”, procuraremos desenvolver sem a preocupação de esgotar a temática em causa uma investigação crítica da nossa jurisprudência constitucional. Assim,

#### - Recusa de exame na condução com excesso de álcool

Os casos subsumíveis nesta situação da vida apreciados pelo Tribunal Constitucional parecem-nos relevantes em sede de reserva e interpretação da lei penal (*ex vi* princípio da legalidade criminal). Efectivamente, está em causa a possível inconstitucionalidade orgânica (por inexistência da competente lei de autorização legislativa) da criminalização através de decreto-lei da recusa de exame de sangue no âmbito do regime jurídico da fiscalização da condução sob o efeito do álcool, configurando essa recusa a prática de um crime de desobediência simples p. e p. no art. 348.º, n.º 1, al. a), CP.

De acordo com a jurisprudência que remonta à Comissão Constitucional, o TC tem entendido que a circunstância de o Governo legislar em matérias reservadas à Assembleia da República implica a inconstitucionalidade orgânica das respectivas normas unicamente na hipótese dessas normas constituírem materialmente uma

---

por relevantes às particularidades do caso concreto” (par. 6 das respectivas alegações). *Vide* com muito interesse sobre os poderes de cognição do TC em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade a “Declaração de Voto” de SOUSA BRITO, *in* Acórdão do TC n.º 426/91, de 6 de Novembro (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

inovação perante a legislação anterior emitida pelo órgão competente<sup>521</sup>. Neste sentido, procura-se indagar à luz da correspondente evolução legislativa qual terá sido a última vontade do legislador competente na matéria *sub judicio*: v.g., no Acórdão do TC n.º 479/2010, de 9 de Dezembro, tendo o tribunal *a quo* considerado organicamente inconstitucional, entre outros, o art. 156.º, n.º 2, do Código da Estrada<sup>522</sup>, veio o TC a decidir pela não inconstitucionalidade orgânica da norma em causa (que em articulação com o art. 152.º, n.º 3<sup>523</sup>, do mesmo diploma legal, criminaliza a recusa de exame de sangue) sustentando que não há inovação material, na medida em que essa criminalização consta já do art. 12º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 124/90, de 14 de Abril, ainda em vigor e que prevê, sob autorização de lei parlamentar, o crime específico de “recusa a exames”, nos seguintes termos: “Todo o condutor, ou pessoa que contribua para acidente de viação, que se recusar a exame de pesquisa de álcool será punido com pena de prisão até um ano ou multa até 200 dias”. É que no entender do TC o Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro, emitido ao abrigo de uma lei de autorização (Lei n.º 97/97, de 23 de Agosto) e que, através do seu art. 20.º, n.º 1, revogou, expressamente, o acima mencionado Decreto-Lei n.º 124/90, deixou, porém, intocada a criminalização prevista no art. 12.º, n.º 1, tendo procedido apenas a uma alteração do respectivo tipo legal: em vez de um crime específico de “recusa a exames” existirá agora um crime de “desobediência” punível por remissão para o art. 348.º, n.º 1, al. a), CP.

Todavia, em Acórdão anterior<sup>524</sup> o TC decidira que “a partir da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 2/98, de 03 de Janeiro, adoptado ao abrigo de autorização

<sup>521</sup> Vide, entre outros, Acórdão do TC n.º 479/2010, de 9 de Dezembro, par. 2 (“Fundamentação”) e Acórdão do TC n.º 485/2010, de 9 de Dezembro, par. 4, ambos disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt). Assumindo posição contrária à sustentada pelo TC, MIRANDA, Jorge de. *Manual de Direito Constitucional – Tomo V*. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 256 e s.

<sup>522</sup> Segundo o art. 156.º, n.º 2, que faz parte do Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro, editado a descoberto de uma lei parlamentar de autorização, “quando não tiver sido possível a realização do exame referido no número anterior, o médico do estabelecimento oficial de saúde a que os intervenientes no acidente sejam conduzidos deve proceder à colheita da amostra de sangue para posterior exame de diagnóstico do estado de influenciado pelo álcool”. O exame referido “no número anterior” é o de pesquisa de álcool no ar expirado.

<sup>523</sup> Estatui o art. 152.º, n.º 3 que “as pessoas referidas nas alíneas a) e b) do n.º 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são punidas por crime de desobediência”. Essas pessoas são, respectivamente, os condutores e os peões, estes últimos sempre que sejam intervenientes em acidentes de trânsito.

<sup>524</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 275/2009, 3.ª Secção, de 27 de Maio de 2009 (Processo n.º 647/08, relatado por Ana Guerra Martins (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

legislativa, passou a prever-se no ordenamento jurídico português o crime de desobediência simples, *salvo quando fosse necessário o consentimento do examinando*, por exemplo, nos casos de contraprova (artigo 158.º, n.º 3, do Código da Estrada então vigente)<sup>525</sup> (o “itálico” é nosso). Mas, também, nos casos de acidente - acrescentaríamos nós (cfr. art. 162.º, ns.º 2 e 3, do citado Dec.-Lei n.º 2/98<sup>526</sup>). E, conseqüentemente, decide-se pela inconstitucionalidade orgânica da norma objecto de recurso: art. 153.º, n.º 8, Dec.- Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro<sup>527</sup> (que em conjugação com o art. 152, n.º 3, referido na nota de rodapé n.º 494, consubstancia o crime de “desobediência simples” punível *ex vi* art. 348.º, n.º 1, al. a), CP).

Finalmente, nos Acórdãos mais recentes do TC<sup>528</sup> tem-se vindo a considerar a não inconstitucionalidade orgânica do anteriormente apreciado art. 156.º, n.º 2, do Código da Estrada, mas com fundamento na Lei n.º 18/2007, de 17 de Maio, que aprovou o “Regulamento de fiscalização da condução sob influência do álcool ou de substâncias psicotrópicas”. Assim, diz-se no Acórdão n.º 485/2010 (que serve, também, de fundamentação aos restantes Acórdãos<sup>529</sup>) que “à norma do artigo 7.º

<sup>525</sup> Acórdão do TC n.º 275/2009, cit., par. 6 (“Fundamentação”).

<sup>526</sup> Estatui o art. 162.º, ns.º 2 e 3, Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro: “2 – Quando não tiver sido possível a realização do exame no local do acidente, deve o médico do estabelecimento hospitalar a que os intervenientes no acidente sejam conduzidos proceder aos exames necessários para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool. 3 – No caso referido no número anterior, o exame para a pesquisa de álcool no sangue *só não deve ser realizado se houver recusa do doente* ou se o médico que o assistir entender que de tal exame pode resultar prejuízo para a saúde” (o “itálico” é nosso).

<sup>527</sup> Artigo 153.º, n.º 8 (“Fiscalização da condução sob influência de álcool”): “Se não for possível a realização de prova por pesquisa de álcool no ar expirado, o examinando deve ser submetido a colheita de sangue para análise ou, se esta não for possível por razões médicas, deve ser realizado exame médico, em estabelecimento oficial de saúde, para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool”.

<sup>528</sup> Designadamente, Acórdão do TC n.º 485/2010, de 9 de Dezembro, Acórdão do TC n.º 487/2010, de 10 de Dezembro, Acórdão do TC n.º 15/2011, de 12 de Janeiro, Acórdão do TC n.º 16/2011, de 12 de Janeiro, Acórdão do TC n.º 28/2011, de 13 de Janeiro, Acórdão do TC n.º 47/2011, de 26 de Janeiro, Acórdão do TC n.º 48/2011, de 26 de Janeiro, e Acórdão do TC n.º 49/2011, de 26 de Janeiro, todos eles disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>529</sup> Vide Acórdão n.º 487/2010, de 10 de Dezembro, pars. 4 e 5, Acórdão n.º 15/2011, de 12 de Janeiro, par. 5, Acórdão n.º 16/2011, de 12 de Janeiro, par. 5, Acórdão n.º 28/2011, de 13 de Janeiro, par. 4 (“Fundamentação”), Acórdão do TC n.º 47/2011, de 26 de Janeiro, par. 2.2, Acórdão do TC n.º 48/2011, de 26 de Janeiro, par. 2.2 e Acórdão do TC n.º 49/2011, de 26 de Janeiro, par. 4. Todavia, outros dois Acórdãos do TC - Acórdão do TC n.º 38/2011, de 25 de Janeiro, e Acórdão do TC n.º 40/2011, de 25 de Janeiro - retomam a fundamentação do pretérito Acórdão do TC n.º 479/2010, de 9 de Dezembro, para decidir no sentido da não inconstitucionalidade orgânica do art. 156.º, n.º 2, CE (*vide* pars. 6 e 7, respectivamente; disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).



da Lei n.º 18/2007<sup>530</sup> pode (...) atribuir-se um efeito equivalente ao de uma lei interpretativa, nos termos do artigo 13.º do Código Civil<sup>531</sup>, embora se não possa considerar a retroacção de efeitos à data da entrada em vigor das normas legais interpretadas, em face do princípio da não retroactividade da lei penal, que impede que possam ser qualificados como crime condutas que, no momento da sua prática, eram tidas como irrelevantes – artigo 29.º, n.º 1, da CRP”. É dizer que o legislador parlamentar afasta, destarte, “a hipótese de o exame médico alternativo à colheita de sangue poder vir a ser efectuado com base na simples recusa do examinando<sup>532</sup>”.

A factualidade típica do crime de desobediência não se esgota na descrição da conduta proibida inscrita no respectivo tipo de ilícito da Parte Especial. É que nos casos apreciados pelo TC a “recusa de exame” funciona como elemento (positivo) do tipo que, após a revogação do crime específico de recusa de submissão a exames para controlo do álcool p. e p. no art. 12.º, n.º 1, Dec.-Lei n.º 124/90, de 14 de Abril, se adiciona – concretizando-a - àquela factualidade típica. Trata-se, portanto, de matéria da competência “reservada” da Assembleia da República (cfr. art. 165.º, n.º 1, al. c), CRP) que, todavia, constitui como verificámos objecto frequente de Decretos-Leis não autorizados do Governo obrigando por esta razão a uma aturada e nem sempre linear investigação jurisdicional da última vontade do legislador competente<sup>533</sup>. Situação esta que, para além de poder significar a proscrição da exigência de reserva de lei formal ínsita no

---

<sup>530</sup> Segundo o art. 7.º, n.º 1, Lei n.º 18/2007, de 17 de Maio, “para efeitos do disposto no n.º 8 do artigo 153.º [vide nota de rodapé n.º 527] e no n.º 3 do artigo 156.º [que, em caso de acidente, determina ‘se o exame de pesquisa de álcool no sangue não puder ser feito, deve proceder-se a exame médico para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool’] do Código da Estrada, considera-se não ser possível a realização do exame de pesquisa de álcool no sangue quando, após repetidas tentativas, não se lograr retirar ao examinando uma amostra de sangue em quantidade suficiente”.

<sup>531</sup> Não deixa de ser curioso que o TC atribua ao art. 13.º, CC, - ao menos, implicitamente - um carácter transversal a toda a ordem jurídica, sendo certo que aquele artigo integra a disciplina legal juscivilística sobre “vigência, interpretação e aplicação das leis” (Capítulo II, do Título I “Das leis, sua interpretação e aplicação”, do Livro I “Parte Geral”, do Código Civil). Será que se poderá conferir igual alcance às outras normas constitutivas do mesmo “capítulo”, designadamente ao artigo 9.º respeitante à “interpretação da lei”?

<sup>532</sup> Vide Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 485/2010, 3.ª Secção, de 9 de Dezembro de 2010 (Processo n.º 366/10), relatado por Carlos Fernandes Cadilha, par. 5 (“Fundamentação”).

<sup>533</sup> De notar ainda que a última Lei n.º 18/2007, de 17 de Maio, - que aprovou o novo Regulamento de fiscalização da condução sob influência do álcool e serve de fundamentação aos Acórdãos mais recentes do TC sobre esta matéria - foi emitida, não ao abrigo da competência reservada da AR, mas, sim, no âmbito da competência legislativa genérica do órgão parlamentar (cfr. art. 161.º, al. c), CRP).

princípio da legalidade criminal<sup>534</sup>, contribuirá, por certo, para uma maior incerteza ou indeterminabilidade do conteúdo de sentido do tipo legal em causa, em claro prejuízo da função de garantia assacada, em primeira linha, ao princípio *nullum crimen*. Confirmando, de algum modo, este entendimento diz Cristina Líbano Monteiro “(...) que, dada a extrema variedade de ‘desobediências’ cominadas pela legislação extravagante, este será um campo onde não custa admitir que apareçam – porventura com maior frequência do que noutras matérias – erros sobre a ilicitude não censuráveis, que levem à exculpação do arguido<sup>535</sup>”.

- *Nulla poena sine crimen*

No Acórdão do TC n.º 53/2011, de 1 de Fevereiro<sup>536</sup>, aprecia-se, entre outras questões, a conformidade constitucional da interpretação feita pelo tribunal *a quo* do artigo 69.º, n.º 1, alínea a), CP<sup>537</sup>. Está em causa a desnecessidade ou não *ex vi* a proibição constitucional de efeitos automáticos das penas que se traduzam na “perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos” (cfr. art. 30.º, n.º 4, CRP) de se apurar *in casu* qualquer outro requisito material para além dos que relevam já para a condenação pela prática do crime que é pressuposto formal da

<sup>534</sup> Circunscrevendo a aplicação do princípio da legalidade criminal neste plano da fonte à criminalização ou agravamento da responsabilidade criminal, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. cit., pp. 184 e s. sustenta ainda que a reserva de lei formal vale exclusivamente para as leis penais *stricto sensu* (com exclusão, portanto, daquelas outras normas que complementam a descrição típica genericamente prevista numa lei da Assembleia da República). Todavia, a ser assim estar-se-á na presente situação perante uma (a nosso ver) criticável “administrativização” do direito penal, na medida em que caberá ao Governo (“órgão superior da administração pública” *ex vi* art. 182.º, CRP) decidir, em definitivo, sobre a relevância penal de uma certa conduta.

<sup>535</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. “Desobediência”, em DIAS, Jorge de Figueiredo (coord.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial (Tomo III)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 358. Aliás, a incriminação da “desobediência” suscita dúvidas de índole diversa, sendo as mais sérias as que derivam da chamada “cominação funcional” prevista na alínea b), n.º 1, art. 348.º, CP. Diz a este respeito MONTEIRO, Cristina Líbano. “Desobediência”. cit., p. 351: “O ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’ não admite crimes condicionais. Pode, até certo ponto, permitir ou tolerar normas penais em branco, cuja última determinação ficará a caber ao julgador; mas nunca, em nossa opinião, normas penais que contenham como elemento típico uma decisão a ser tomada em cada caso concreto por um agente da administração”.

<sup>536</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 53/2011, 2.ª Secção, de 1 de Fevereiro de 2011 (Processo n.º 528/10), relatado por João Cura Mariano (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>537</sup> Estatui o art. 69.º, n.º 1, al. a), CP que “é condenado na proibição de conduzir veículos com motor por um período fixado entre três meses e três anos quem for punido por crime previsto nos artigos 291.º ou 292.º”. Estes últimos artigos dizem respeito a “condução perigosa de veículo rodoviário” e “condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”, respectivamente.

aplicação da sanção acessória “proibição de conduzir veículos com motor” (designadamente, em ordem à ponderação de particulares exigências de prevenção). Diz-se naquele aresto que o TC tem reiteradamente sustentado “em caso de condenação por infracção às regras relativas à condução de veículos motorizados” a não inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a concreta sujeição do arguido à medida de inibição de conduzir prevista em “norma idêntica à constante do actual art. 69.º, n.º 1, alínea a) do CP” dispensa a verificação “de (...) qualquer outro requisito adicional<sup>538</sup>”. Entende-se que o “amplo espectro temporal” inscrito na lei penal (três meses a três anos) afasta o carácter necessário ou automático da respectiva pena, uma vez que permite ao juiz a ponderação da culpa do agente em função do particular circunstancialismo da situação *sub judice*.

Por outro lado e tendo por fonte o Acórdão do TC n.º 53/97, de 23 de Janeiro,<sup>539</sup> - para cuja fundamentação remetem, aliás, diversos outros Acórdãos do TC<sup>540</sup> -, reproduz-se o seguinte trecho constante do par. 7 desse aresto (em que se avalia a “questão de constitucionalidade normativa suscitada”): “A circunstância de ter sempre de ser aplicada essa medida, ainda que pelo mínimo da medida legal da pena, desde que seja aplicada a pena principal de prisão ou multa, não implica, ainda assim, neste caso, colisão com a proibição de automaticidade. A adequação da inibição de conduzir a este tipo de ilícitos revela que a medida de inibição de conduzir se configura como uma parte de uma pena compósita, como se de uma pena principal associada à pena de prisão se tratasse, em relação à qual valem os mesmos critérios de graduação previstos para esta última<sup>541</sup>”.

Ora, ainda que possa admitir-se a existência de crime sem pena<sup>542</sup>, já a hipótese inversa como afirma noutra ocasião a mesma Relatora do Acórdão n.º 53/97 acima citado não poderá ocorrer por “exigência constitucional de fundamentar a sanção penal na prática comprovada de uma infracção anterior<sup>543</sup>”: *nulla poena sine crimen*. Assim, cada pena – principal ou acessória – obrigará *de*

---

<sup>538</sup> Acórdão do TC n.º 53/2011, cit., par. 2.2.

<sup>539</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 53/97, 1.ª Secção, de 23 de Janeiro de 1997 (Processo n.º 379/96), relatado por Maria Fernanda Palma (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>540</sup> Nomeadamente, Acórdão do TC n.º 149/01, de 28 de Março, par. 4, Acórdão do TC n.º 630/04, de 4 de Novembro, par. 3 e Acórdão do TC n.º 79/09, de 11 de Fevereiro, todos eles disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>541</sup> Este trecho vem reproduzido no par. 2.2., do Acórdão do TC n.º 53/2011, cit. .

<sup>542</sup> É o caso paradigmático do instituto juspenal de “dispensa de pena” (cfr. art. 74.º, CP).

<sup>543</sup> “Declaração de voto” subscrita pela Conselheira Maria Fernanda Palma, *in* Acórdão do TC n.º 13/95, de 25 de Janeiro (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

*per se* à plena consideração das exigências de prevenção que a justificam, *maxime* por força do princípio da proporcionalidade constitucionalmente consagrado (cfr. art. 18.º, n.º 2, CRP); sendo certo, por outro lado, que ela absorve ou deverá absorver em si e só em si toda a carência de culpa. Neste quadro dogmático-legal, é nossa opinião que ou a pena de inibição de conduzir integra a pena principal como parece sugerir a Relatora do Acórdão n.º 53/97 (mas sendo assim não se justificará a sua inclusão num capítulo próprio da Parte Geral, sob a epígrafe “penas acessórias e efeitos das penas”<sup>544</sup>) ou - como julgamos mais acertado e conforme ao princípio da legalidade criminal - terá o juiz também em relação a ela de ponderar na sua aplicação e determinação *outros requisitos*, em ordem a fundamentar o *se e a medida* da sanção acessória. Interpretação diversa só poderá justificar-se por estritas razões de política criminal que - desconhecendo a factualidade *sub judice* - atendam, exclusivamente, a critérios de prevenção e segurança rodoviárias. Julgamos, porém, que essa compreensão, funcional e político-criminalmente orientada, de o direito penal se revela, ela própria, não conforme à nossa Constituição que faz do respeito pela dignidade humana um dos alicerces fundamentais do Estado (cfr. art. 1.º, CRP).

- Responsabilidade civil subsidiária

No Acórdão do TC n.º 481/2010, de 9 de Dezembro<sup>545</sup>, aprecia-se a constitucionalidade da norma do artigo 7.º-A do Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA)<sup>546</sup>, aprovado pelo Decreto – Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, no segmento relativo à responsabilidade subsidiária dos

<sup>544</sup> Capítulo III, do Título III “Das consequências jurídicas do facto”, do Livro I “Parte geral”, do Código Penal.

<sup>545</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 481/2010, 2.ª Secção, de 9 de Dezembro de 2010 (Processo n.º 506/09), relatado por Joaquim de Sousa Ribeiro (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)). *Vide*, no mesmo sentido, Acórdão do TC n.º 24/2011, de 12 de Janeiro, Acórdão do TC n.º 26/2011, de 12 de Janeiro, e Acórdão do TC n.º 85/2011, de 15 de Fevereiro, todos eles disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>546</sup> Aditado pelo art. 3.º, Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de Novembro, o art. 7.º-A estatui, sob a epígrafe “Responsabilidade civil subsidiária”: “1 – Os administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam funções de administração em pessoas colectivas e entes fiscalmente equiparados são subsidiariamente responsáveis, em caso de insuficiência do património destas, por si culposamente causada, nas relações de crédito emergentes da aplicação de multas ou coimas àquelas entidades referentes às infracções praticadas no decurso do seu mandato. 2 – Se forem várias as pessoas responsáveis nos termos do número anterior, é solidária a sua responsabilidade”.

administradores e gerentes pelo pagamento de coimas aplicadas à sociedade. Diz-se nesse aresto que “responsabilidade contra-ordenacional e responsabilidade civil não são sobreponíveis, preenchem distintos espaços de imputação de condutas lesivas de valores juridicamente tutelados, resultam de ilícitos de natureza distinta, pelo que a responsabilidade civil não pode ser actuada subsidiariamente, em consequência da frustração da responsabilidade contra-ordenacional, *para satisfazer, por via indirecta, os fins próprios desta*<sup>547</sup>”. Consequentemente, os administradores e gerentes - em virtude da particular relação orgânica que os vincula à pessoa colectiva que representam (única autora da infracção sancionada) e da violação culposa de deveres funcionais - são chamados *ex lege*, não à reparação do dano que resulta para a Administração Pública da não satisfação do crédito emergente da aplicação da coima, mas, sim, ao cumprimento desta sanção contra-ordenacional. Todavia, sendo a respectiva moldura abstracto-legal fixada por “factores exclusivamente atinentes à esfera do autor da infracção<sup>548</sup>”, a questão será, afinal, idêntica, quanto à valoração que suscita, à posta pela admissibilidade ou não de “sanções fixas”. A este respeito, o Tribunal Constitucional tem-se pronunciado, constante e reiteradamente, no sentido da “*proibição constitucional de penas fixas*, em resultado da aplicação dos princípios da *culpa*, da *igualdade* e da *proporcionalidade* (cfr. os Acórdãos ns.º 202/2000, 203/2000, 95/2001, 70/2002, 485/2002 e 124/2004)<sup>549</sup>”. Em suma: quanto à norma *sub judicio*, a respectiva moldura sancionatória, tendo sido “fixada em função de um tipo de agente (colectivo) que não corresponde ao do sujeito (singular) que, a título subsidiário, vem a ser responsabilizado<sup>550</sup>” revela-se logo à partida desproporcionalmente agravada; por outro lado e porque a coima em concreto não toma em consideração a culpa *in casu* dos administradores, a violação do princípio da culpa “abre a porta a que os princípios da igualdade e da proporcionalidade resultem também insatisfeitos, e de forma agravada, dado o desajustamento da própria moldura aplicável, prevista para infracções cometidas por pessoas colectivas. (...) Conclui-se, pois, pela inconstitucionalidade do artigo 7.º-A do RJFNA, por violação dos princípios da culpa, da igualdade e da proporcionalidade<sup>551</sup>”.

---

<sup>547</sup> Acórdão do TC n.º 481/2010, cit., par. 11 (“Fundamentação”).

<sup>548</sup> Acórdão do TC n.º 481/2010, cit., par. 15 (“Fundamentação”).

<sup>549</sup> Acórdão do TC n.º 481/2010, cit., par. 16 (“Fundamentação”).

<sup>550</sup> Acórdão do TC n.º 481/2010, cit., par. 16 (“Fundamentação”).

<sup>551</sup> Acórdão do TC n.º 481/2010, cit., par. 17 (“Fundamentação”).

Existem, porém, outros Acórdãos anteriores do TC<sup>552</sup> que se pronunciam pela não inconstitucionalidade do mecanismo de reversão a que nos referimos acima, sustentando que a obrigação subsidiária que recai sobre os administradores da sociedade infractora corresponde a “um dever indemnizatório que deriva do facto ilícito e culposo que é praticado pelo administrador ou gerente, e que constitui causa adequada do dano que resulta, para a Administração Fiscal, da não obtenção da receita em que se traduzia o pagamento da multa ou coima que eram devidas. A simples circunstância de o montante indemnizatório corresponder ao valor da multa ou coima não paga apenas significa que é essa, de acordo com os critérios da responsabilidade civil, a expressão pecuniária do dano que ao lesante cabe reparar, que é necessariamente coincidente com a receita que deixa de ter dado entrada nos cofres da Fazenda Nacional<sup>553</sup>”. É dizer que se admite caber no poder de conformação normativa do legislador ordinário, não apenas proceder à conversão de uma sanção afecta a finalidades repressivas e preventivas num dano que corresponde a exigências ressarcitórias ou “restaurativas”, como imputar o respectivo cumprimento a um terceiro que não é autor da infracção.

- *Nulla poena sine lege*

Tem sido jurisprudência reiterada do TC acolher a opinião doutrinária dominante segundo a qual os princípios jurídico-constitucionais inscritos no art. 29.º, CRP, valem - apesar da respectiva epígrafe: “Aplicação da lei criminal” -, não apenas para o domínio juspenal, mas, também, para todos os outros domínios sancionatórios, designadamente o ilícito de mera ordenação social<sup>554</sup>.

No Acórdão do TC n.º 574/95, de 18 de Outubro<sup>555</sup>, consagra-se o seguinte entendimento: “uma certa extensão da moldura sancionatória é de algum modo (...)”

<sup>552</sup> Designadamente, Acórdão do TC n.º 150/2009, de 25 de Março, e Acórdão do TC n.º 129/2009, de 12 de Março. Todavia e em sentido convergente com o adoptado no acórdão analisado em texto, mas com data posterior, vide Acórdão do TC n.º 35/2011, de 25 de Janeiro (todos eles disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>553</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 129/2009, 3.ª Secção, de 12 de Março de 2009 (Processo n.º 649/08), relatado por Carlos Fernandes Cadilha, par. 3 (“Fundamentação”).

<sup>554</sup> Vide, por todos, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 227/92, 2.ª Secção, de 17 de Junho de 1992 (Processo n.º 388/91), relatado por Messias Bento, par. 7 (“Fundamentos”); disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>555</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 574/95, 2.ª Secção, de 18 de Outubro de 1995 (Processo n.º 357/94), relatado por Messias Bento (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

o tributo que o *princípio da legalidade das sanções* tem que pagar ao *princípio da culpa*, que deriva da essencial dignidade da pessoa humana e se extrai dos artigos 1.º e 25.º, n.º 1, da Constituição<sup>556</sup>”. Está em causa uma coima cujo limite máximo de 300.000.000\$00 (trezentos mil contos) é 600 vezes superior ao limite mínimo de 500.000\$00 (quinhentos contos)<sup>557</sup> invocando o requerente a inconstitucionalidade material da respectiva norma, designadamente porque “estabelece uma coima indeterminada – ou com limites de tal modo distanciados que resulta como indeterminada – afrontando o princípio da determinabilidade das leis inscrito no do Estado de direito consagrado no art. 2.º CRP<sup>558</sup>”. Assim e não obstante a referida extensão da moldura sancionatória, o TC vem a decidir-se pela não inconstitucionalidade material da norma *sub judicio*: “a norma em causa defende o indivíduo do arbítrio e da insegurança, fornecendo ao aplicador do direito (juiz incluído) o quadro sancionatório que lhe permitirá ponderar a gravidade da conduta e o grau de culpa com que a mesma foi levada a cabo<sup>559</sup>”.

Vota, porém, vencido o Conselheiro Luis Nunes de Almeida argumentando que “a necessária articulação entre o *princípio da legalidade* e o *princípio da culpa* não pode conduzir a uma excessiva indeterminação da sanção, sob pena de o legislador transferir para o juiz o cerne da sua própria competência (...)”<sup>560</sup>. Ora, este critério judicativo-decisório é, em larga medida, retomado pela Relatora do Acórdão n.º 547/01, de 7 de Dezembro<sup>561</sup>, afirmando-se aí que “se um entendimento absoluto do princípio da legalidade da sanção levaria ao sistema das penas fixas, com postergação do princípio da culpa, também um entendimento absoluto do princípio da culpa levaria, com afastamento do princípio da legalidade da sanção, a deixar plenamente nas mãos do juiz (ou da autoridade administrativa) a questão da escolha e da medida da sanção”. Todavia, a incontornável articulação entre os dois princípios – legalidade e culpa – obriga-nos a “reconhecer (...) duas coisas: que o princípio da legalidade das sanções deve ser tido em conta na

---

<sup>556</sup> Acórdão do TC n.º 574/95, cit., par. 5.2 (“Fundamentação”).

<sup>557</sup> Na moeda actual, o limite máximo corresponde a cerca de 1.500.000,00 € (um milhão e quinhentos mil euros) e o limite mínimo a cerca de 2.500,00 € (dois mil e quinhentos euros).

<sup>558</sup> Acórdão do TC n.º 574/95, cit., par. 2 (“Relatório”).

<sup>559</sup> Acórdão do TC n.º 574/95, cit., par. 5.2 (“Fundamentação”).

<sup>560</sup> “Declaração de voto”, alínea b) “Inconstitucionalidade material”, in Acórdão do TC n.º 574/95, cit.

<sup>561</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 547/01, 3.ª Secção, de 7 de Dezembro de 2001 (Processo n.º 481/00), relatado por Maria dos Prazeres Pizarro Beleza (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

apreciação da constitucionalidade da ‘*extensão da moldura sancionatória*’; e que se tal extensão exceder manifestamente o que for imposto pelo princípio da culpa (‘*uma certa extensão*’ não equivale a uma enorme extensão), deve ser directamente confrontada com o princípio da legalidade da sanção<sup>562</sup>”. Destarte e tendo por referência a mesma coima apreciada no Acórdão acima citado, o TC considera a respectiva norma inconstitucional por violação do princípio da legalidade da sanção, decorrente dos ns.º 1 e 3, do art. 29.º, e do n.º 1 do art. 30.º, todos da CRP, princípio esse que - como referimos já - se entende também aplicável ao direito de mera ordenação social.

- Lex certa

No que concerne à certeza ou determinabilidade da lei penal (dimensão de o princípio da legalidade criminal que assume particular relevância no presente estudo), tem especial interesse o decidido no Acórdão do TC n.º 39/88, de 9 de Fevereiro<sup>563</sup>. Diz respeito este aresto à problemática das indemnizações derivadas das nacionalizações realizadas após 25 de Abril de 1974 e que conduziram à expropriação das mais diversas empresas. Neste âmbito, a Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro, exclui do direito à indemnização certas pessoas que especifica no seu artigo 3.º, designadamente em virtude “da prática de actos dolosos ou gravemente culposos no exercício das respectivas funções empresariais” ou por terem “beneficiado, directa ou indirectamente, daqueles actos, em termos indiciadores de co-autoria moral ou material, cumplicidade ou encobrimento<sup>564</sup>”. Vem a entender o TC que na norma *sub judicio* (isto é, art. 3.º, n.º 1, als. a) e b), e n.º 2, Lei n.º 80/77) prevê-se “um autêntico confisco” que “só como reacção criminal é constitucionalmente admissível<sup>565</sup>”. Assim, a referida disposição legal deve

<sup>562</sup> Acórdão do TC n.º 547/01, cit., par. 9.

<sup>563</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/88, 2.ª Secção, de 9 de Fevereiro de 1988 (Processo n.º 136/85), relatado por Messias Bento (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>564</sup> Artigo 3.º, n.º 1, als. a) e b), Lei n.º 80/77. D.R. I Série. 248 (77-10-26) 2586-2593. Dispõe-se ainda no n.º 2, art. 3.º, que “os factos referidos nas alíneas a) e b) do número anterior suspendem a liquidação, ainda que provisória, do direito à indemnização e privam as pessoas nelas mencionadas do direito à indemnização, se, por sentença judicial com trânsito em julgado, as mesmas forem condenadas pela prática de actos dolosos ou gravemente culposos no exercício das suas funções ou por co-autoria moral ou material, cumplicidade ou encobrimento de tais actos, devendo tal efeito constar da sentença de condenação”.

<sup>565</sup> Acórdão do TC n.º 39/88, cit., par. 3.11 (“Fundamentos”).



satisfazer, entre outras exigências, as impostas pelo princípio da tipicidade (art. 29.º, ns.º 1 e 3, CRP). Acontece, porém, que o preceito em causa não descreve os “actos dolosos ou gravemente culposos” praticados “no exercício das respectivas funções empresariais” pela pessoa excluída ou de que esta, “directa ou indirectamente”, se beneficiou como co-autor moral ou material, cúmplice ou encobridor. “Nem, ao menos, por remissão para qualquer outro preceito legal. Haveriam, por isso, de ser os tribunais a definir o conteúdo de tais infracções penais. (...) A isto acresce que a norma questionada se quer aplicar retroactivamente, pois que as medidas que prevê visam sancionar factos praticados ‘anteriormente à nacionalização’, ou seja, factos anteriores à própria norma punitiva<sup>566</sup>”. Conclui-se, pois, pela irremissível inconstitucionalidade de o artigo 3.º, n.º 1, alíneas a) e b), e n.º 2, da Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro, por violação de o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, consagrado no artigo 29.º, ns.º 1 e 3, da Constituição.

Em todo o caso, fica-se com a ideia que o TC faz depender a certeza ou determinabilidade da lei penal da circunstância de, em virtude da ambiguidade do respectivo texto normativo, estarem ou não os tribunais obrigados no exercício das suas funções decisórias a invadir competências constitucionalmente reservadas ao legislador parlamentar. Ora, a ser assim e em verdadeiro rigor, a dimensão do princípio da legalidade criminal que é violada, não é a da certeza ou determinabilidade da lei penal, mas, sim, a de reserva de lei formal.

Em ocasião posterior, o Conselheiro António Vitorino, na sua qualidade de Relator do Acórdão do TC n.º 285/92, de 22 de Julho, reconhece, porém, que “se é (...) verdade que inexiste no nosso ordenamento constitucional uma proibição geral de emissão de leis que contenham conceitos indeterminados, não é menos verdade que há domínios onde a Constituição impõe expressamente que as leis não podem ser indeterminadas, como é o caso das exigências de tipicidade em matéria penal constantes do artigo 29.º, n.º 1, da Constituição (...)”<sup>567</sup>. Precisamente por força das particulares exigências de tipicidade que, à semelhança das condutas criminosas (*nullum crimen sine lege*), também a fiscalidade postula (*nulla vectigallia sine lege*), o mesmo Conselheiro, agora Relator do Acórdão do TC n.º 358/92, de 11 de

<sup>566</sup> Acórdão do TC n.º 39/88, cit., par. 3.12 (“Fundamentos”).

<sup>567</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 285/92, Plenário, de 22 de Julho de 1992 (Processo n.º 383/92), relatado por António Vitorino, cap. III, ponto C), par. 5 (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

Novembro<sup>568</sup>, vem a considerar inconstitucional a autorização legislativa constante da alínea b), do art. 50.º, da Lei n.º 2/92, de 9 de Março<sup>569</sup>, por manifesta insuficiência na fixação do respectivo sentido normativo (cfr. art. 165.º, n.º 2, CRP). Destarte, argumenta-se que “(...) porque nos movemos num domínio onde mais directamente podem ser afectados direitos e interesses dos particulares, (...) justifica-se plenamente que se seja mais rigoroso e exigente na determinação do sentido da autorização em causa, por forma a que o preceito autorizador cumpra a tripla função a que anteriormente aludimos (conteúdo material bastante da lei de autorização, linha de orientação do legislador delegado, elemento de informação genérica das inovações a introduzir no ordenamento para os particulares)<sup>570</sup>”.

Também no Acórdão do TC n.º 428/2010, de 9 de Novembro<sup>571</sup>, se afirma: “Num Estado de direito democrático a prevenção do crime deve ser levada a cabo com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, estando sujeita a limites que impeçam intervenções arbitrárias ou excessivas, nomeadamente sujeitando-a a uma aplicação rigorosa do princípio da legalidade, cujo conteúdo essencial se traduz em que não pode haver crime, nem pena, que não resultem de uma lei prévia, escrita e certa (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). (...) Para aferir da determinabilidade de uma determinada tipificação criminal, há que apurar se o resultado do processo interpretativo do respectivo texto cai fora do quadro das significações possíveis das palavras da lei, revelando-se para isso decisiva a moldura semântica do texto escrito<sup>572</sup>”. Neste contexto hermenêutico e sendo certo que ao TC não cabe averiguar qual a melhor interpretação, “(...) mas sim se a interpretação aqui em análise é comportada pelo texto (...), sendo, por isso, objectivamente determinável<sup>573</sup>”, conclui-se que a interpretação sindicada que sustenta a não aplicabilidade do limite de 7.500 € - a que alude o artigo 105.º, n.º 1,

<sup>568</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 358/92, Plenário, de 11 de Novembro de 1992 (Processo n.º 120/92), relatado por António Vitorino (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>569</sup> Trata-se da lei que aprova o Orçamento do Estado para 1992, estatuidando o artigo 50.º, al. b): “Fica o Governo autorizado a aprovar o Código das Avaliações referentes à propriedade rústica e urbana por forma a conseguir-se uma maior equidade de tributação, um reforço das garantias dos contribuintes e uma determinação mais rigorosa da matéria colectável, através da aplicação de critérios objetivos”.

<sup>570</sup> Acórdão do TC n.º 358/92, cit., cap. II, ponto H), par. 8.

<sup>571</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 428/2010, 2.ª Secção, de 9 de Novembro de 2010 (Processo n.º 203/10), relatado por João Cura Mariano (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>572</sup> Acórdão do TC n.º 428/2010, cit., par. 3.

<sup>573</sup> Acórdão do TC n.º 428/2010, cit., par. 3.

do Regulamento Geral das Infracções Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho (RGIT)<sup>574</sup> – ao crime de abuso de confiança contra a Segurança Social previsto no artigo 107.º, n.º 1, do RGIT<sup>575</sup>, “(...) se revela objectivamente determinável, pelo que a mesma não viola os princípios da legalidade e tipicidade criminal consagrados no artigo 29.º, da Constituição, (...)”<sup>576</sup>.

- Princípio da proporcionalidade

De um modo geral, o TC tem entendido que “(...) quando não quiser correr o risco de censurar o mérito das opções do legislador, só deve invalidar essas mesmas opções quando elas se apresentarem manifesta ou excessivamente desproporcionadas, e não também as opções que traduzam apenas, ou sobretudo, um menor acerto desse legislador<sup>577</sup>”.

Em atenção a esta orientação jurisprudencial, aquele Tribunal tem, constante e reiteradamente, afirmado que “(...) só deve censurar as soluções legislativas que cominem sanções que sejam desnecessárias, inadequadas ou manifesta e claramente excessivas, pois tal o proíbe o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição<sup>578</sup>”. Outrossim, o Relator do Acórdão do TC n.º 83/95, de 21 de Fevereiro, afirma a dado passo, na sua interessante explanação sobre criminalização de condutas, que “a liberdade de conformação do legislador, na sua decisão de criminalizar comportamentos humanos, acha-se ainda limitada pelo *princípio da proporcionalidade* (...), de modo a garantir uma adequada proporção entre as penas e os factos a que elas se aplicam<sup>579</sup>”. Sirva de exemplo a “declaração de voto” subscrita pelo Conselheiro Monteiro Diniz que, *inter alia*, está em dissonância com o decidido no Acórdão do

---

<sup>574</sup> De acordo com o art. 105.º, n.º 1, RGIT, na redação que lhe é dada pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, “Quem não entregar à administração tributária, total ou parcialmente, prestação tributária de valor superior a 7.500 €, deduzida nos termos da lei e que estava legalmente obrigado a entregar é punido com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias”. Trata-se, pois, de um crime de abuso de confiança fiscal.

<sup>575</sup> Estatui o art. 107.º, n.º 1, do RGIT: “As entidades empregadoras que, tendo deduzido do valor das remunerações devidas a trabalhadores e membros dos órgãos sociais o montante das contribuições por estes legalmente devidas, não o entreguem, total ou parcialmente, às instituições de segurança social, são punidas com as penas previstas nos ns.º 1 e 5 do artigo 105.º”.

<sup>576</sup> Acórdão do TC n.º 428/2010, cit., par. 3 (*in fine*).

<sup>577</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 13/95, Plenário, de 25 de Janeiro de 1995 (Processo n.º 521/94), relatado por Bravo Serra, cap. III, par. 3.2 (*in fine*).

<sup>578</sup> Acórdão do TC n.º 574/95, cit., par. 5.3 (“Fundamentação”).

<sup>579</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 83/95, 2.ª Secção, de 21 de Fevereiro de 1995 (Processo n.º 512/93), relatado por Messias Bento, cap. II, par. 9 (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

TC n.º 13/95, de 25 de Janeiro<sup>580</sup>, no que respeita à moldura sancionatória prevista para a inobservância por parte da imprensa escrita do “direito de resposta”<sup>581</sup>. Diz o declarante: “Com efeito, perspectivando o princípio da proibição do excesso ao nível da definição em abstracto da moldura das sanções relacionadas com a violação do regime do direito de resposta, pode concluir-se que tais penas, na concreta dimensão prevista naqueles preceitos, não se apresentam como *toleráveis*, isto é, proporcionais em sentido estrito, não se mostrando equilibrada a protecção de bens, interesses e valores em causa face ao sacrifício imposto a alguns deles. Se a compressão do direito à informação como meio de garantir com maior eficácia o usufruto do direito de resposta (...) não se afigura constitucionalmente ilícita, tendo em conta a pauta de valores imanentes à Constituição e a margem de conformação de que o legislador goza nesse domínio, o mesmo não se poderá já afirmar a propósito da delimitação da carga patrimonial resultante da multa e do interesse público do cumprimento da lei<sup>582</sup>”.

Também no Acórdão do TC n.º 67/2011, de 2 de Fevereiro<sup>583</sup>, está em causa decidir se uma coima mínima para as pessoas colectivas de 15.000,00 € (quinze mil euros) é ou não proporcional à gravidade do ilícito contra-ordenacional legalmente previsto<sup>584</sup>. Reiterando a jurisprudência acima referida que reconhece ao legislador ordinário uma ampla margem de conformação normativa, o TC afasta a inconstitucionalidade material por violação do princípio da proporcionalidade (artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da CRP) e que levara o tribunal *a quo* a recusar a aplicação *in casu* da norma extraída da conjugação entre os artigos citados na nota de rodapé n.º 555: “(...) a agravação do montante mínimo da coima a suportar pelas pessoas colectivas (...) não pode considerar-se manifestamente desproporcionada, visto que

<sup>580</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 13/95, Plenário, de 25 de Janeiro de 1995 (Processo n.º 521/94), relatado por Bravo Serra (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>581</sup> Em conformidade com o artigo 1.º, de Decreto da Assembleia da República n.º 183/VI, que dá nova redacção ao art. 33.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro, “a inobservância do direito de resposta no prazo legal, a recusa infundada do respectivo exercício ou a violação do disposto nos ns.º 3, 7 e 8 do artigo 16.º são punidas com multa de 500.000\$ a 5.000.000\$”. Estas três últimas disposições regulam o local de inserção da resposta e de qualquer anotação ou comentário à mesma.

<sup>582</sup> “Declaração de voto”, par. 3, emitida pelo Conselheiro Monteiro Diniz, *in* Acórdão do TC n.º 13/95, cit.

<sup>583</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 67/2011, 3.ª Secção, de 2 de Fevereiro de 2011 (Processo n.º 275/10), relatado por Ana Guerra Martins (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>584</sup> Trata-se da recusa por parte do fornecedor em facultar o livro de reclamações ao utente, tendo este por esse motivo requerido a presença da autoridade policial (cfr. art. 9.º, ns.º 1, al. a) e 3, em conjugação com art. 3.º, ns.º 1, al. b) e 4, todos do Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de Setembro).

tem por finalidade promover o cumprimento voluntário de um dever legalmente imposto que, por sua vez, visa acautelar os direitos dos consumidores constitucionalmente consagrados (artigo 60.º, n.º 1, da CRP)<sup>585</sup>.”

Tendo já por objecto a construção legal da própria sanção à luz do princípio da proporcionalidade, o TC analisa, no seu Acórdão n.º 432/02, de 22 de Outubro<sup>586</sup>, a questão da conformidade constitucional do estabelecimento dos limites da pena de multa em função do valor da prestação em falta. Assim e para além de sublinhar, uma vez mais, que “o legislador goza de ampla margem de liberdade na fixação dos limites mínimo e máximo das molduras penais”, aquele Tribunal conclui que “(...) não se afigura que o critério da vantagem patrimonial pretendida pelo agente, adoptado na norma em apreço<sup>587</sup>, se revele ofensivo dos princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação das penas. (...) É que a conduta que lhe subjaz é tanto mais grave e socialmente mais lesiva quanto mais elevado for o montante envolvido: como tal, é ainda a protecção de um bem jurídico o que se visa e não a mera censura do agente<sup>588</sup>”.

A situação anterior é idêntica a outras em que está, também, em crise a observância do princípio da proporcionalidade no que respeita à definição legal da sanção criminal. É, designadamente, o que sucede quando se questiona a conformidade constitucional da interpretação normativa do artigo 11.º, n.º 7, do Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA)<sup>589</sup>, segundo a qual constitui *conditio sine qua non* da suspensão da execução da pena de prisão o pagamento pelo condenado da prestação tributária e acréscimos legais em dívida. Como se afirma no Acórdão do TC n.º 256/03, de 21 de Maio, aquilo que está verdadeiramente em causa é saber se é ou não “inconstitucional o estabelecimento

<sup>585</sup> Acórdão do TC n.º 67/2011, cit., par. 5.

<sup>586</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 432/02, 1.ª Secção, de 22 de Outubro de 2002 (Processo n.º 326/02), relatado por Maria Helena Brito (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>587</sup> Concretamente, está em causa a norma contida no art. 23.º, n.º 4, do Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA), sob a epígrafe “Fraude fiscal”, na parte em que fixa como limite mínimo da multa a aplicar o valor da vantagem patrimonial pretendida pelo agente.

<sup>588</sup> Acórdão do TC n.º 432/02, cit., par. 8. *Vide* sobre uma questão semelhante o Acórdão do TC n.º 548/01, de 7 de Dezembro, também disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>589</sup> Estatui o art. 11.º, n.º 7, do RJIFNA (aprovado pelo Dec.-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro), na redação dada pelo Dec.-Lei n.º 394/93, de 24 de Novembro: “A suspensão é sempre condicionada ao pagamento ao Estado, em prazo a fixar pelo juiz nos termos do n.º 8, do imposto e acréscimos legais, do montante dos benefícios indevidamente obtidos e, caso o juiz o entenda, ao pagamento de quantia até ao limite máximo estabelecido para a pena de multa, sendo aplicável, em caso de falta do cumprimento do prazo, apenas o disposto nas alíneas b), c) e d) do artigo 50.º do Código Penal”. As alíneas referidas do CP prevêm, respectivamente, a exigência de “garantias do cumprimento dos deveres impostos”, a prorrogação do “período de suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, mas não por menos de 1 ano” e a revogação da suspensão da pena.

de uma correspondência automática entre o montante da quantia em dívida e o montante da quantia a pagar como condição de suspensão da execução da pena de prisão, sem possibilidade de graduação, já que tal podia redundar na não consideração da impossibilidade de pagar por parte do condenado e, como tal, na necessária condenação em prisão efectiva<sup>590</sup>”. Responde-se negativamente, na medida em que “(...) o objectivo de interesse público que preside ao dever de pagamento dos impostos justifica um tratamento diferenciado face a outros deveres de carácter patrimonial e, como tal, uma concepção da suspensão da execução da pena como medida sancionatória que cuida mais da vítima do que do delinquente<sup>591</sup>”. É dizer que segundo o TC a interpretação normativa *sub judicio* não viola o princípio da proporcionalidade, “atendendo à justificável primazia que, no caso dos crimes fiscais, assume o interesse em arrecadar impostos<sup>592</sup>”.

Por outro lado, a própria criminalização dos comportamentos humanos pode pressupor a ponderação - segundo as dimensões insitas no princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*) - entre o bem jurídico tutelado e o perseguido pelo agente através da sua conduta. Veja-se a este respeito o Acórdão do TC n.º 90/2011, de 15 de Fevereiro<sup>593</sup>, em que está em causa o crime de desobediência simples p. e p. pelo artigo 348.º, n.º 1, al. a), CP, por referência ao artigo 88.º, n.º 2, al. b), CPP, interpretado este último “no sentido de que proíbe, sem limite de tempo, que a comunicação social transmita a gravação do som da audiência de julgamento, contido no suporte magnético do próprio tribunal, sem que tenha havido autorização da autoridade judiciária que preside à fase do processo no momento da divulgação<sup>594</sup>”. Tendo o jornalista prescindido da autorização do tribunal na divulgação num programa televisivo de várias intervenções feitas no decurso do julgamento, o TC acaba por decidir que a interpretação normativa adoptada no acórdão recorrido não se revela desproporcionada, na medida em que a liberdade de imprensa (cfr. art. 38.º, ns.º 1 e 2, al. a), CRP) deve ceder a todo o tempo, quer perante a tutela do direito à palavra

<sup>590</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 256/03, 1.ª Secção, de 21 de Maio de 2003 (Processo n.º 647/02), relatado por Maria Helena Brito, par. 10.5 (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>591</sup> Acórdão do TC n.º 256/03, cit., par. 10.8.

<sup>592</sup> Acórdão do TC n.º 256/03, cit., par. 10.9.

<sup>593</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 90/2011, 2.ª Secção, de 15 de Fevereiro de 2011 (Processo n.º 601/2009), relatado por Catarina Sarmento e Castro (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>594</sup> Acórdão do TC n.º 90/2011, cit., cap. II, par. 6.

(cfr. art. 26.º, n.º 1, CRP), “quer por razões de boa administração de justiça<sup>595</sup>”. Vota, todavia, vencido o Conselheiro Sousa Ribeiro entendendo (a nosso ver acertadamente) que o regime jurídico *sub judicio* é desproporcionado: “(...) após o termo do processo em que a audiência teve lugar, as restrições ou condicionamentos à liberdade de transmissão da gravação do som nela efectuada justificam-se *exclusivamente* pela tutela do direito à palavra. (...) Mas, dentro do pressuposto de que parto, o regime fixado na norma impugnada ultrapassa em muito o que seria legitimado por essa finalidade protectiva, *na medida em que a autorização para a transmissão pode ser negada pelo juiz mesmo quando os titulares da palavra a tal não se opõem*”<sup>596</sup>.

Também o Acórdão do TC n.º 144/2004, de 10 de Março<sup>597</sup>, decide se é ou não adequada e necessária face à salvaguarda do concreto bem jurídico-penal tutelado a criminalização da actividade comercial ou lucrativa que tem por base a prostituição. Está, portanto, em causa o crime de lenocínio<sup>598</sup>, vindo a Relatora, Conselheira Fernanda Palma, a considerar que aquela criminalização se justifica “pela normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência<sup>599</sup>”. Ou seja, a intervenção do direito penal neste domínio terá o significado “da protecção da liberdade e de uma

---

<sup>595</sup> Acórdão do TC n.º 90/2011, cit., cap. III, par. 14.

<sup>596</sup> “Declaração de voto”, emitida pelo Conselheiro J. Sousa Ribeiro, *in* Acórdão do TC n.º 90/2011, cit.

<sup>597</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/2004, 2.ª Secção, de 10 de Março de 2004 (Processo n.º 566/2003), relatado por Maria Fernanda Palma (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)). Este aresto serve de fundamento a outros Acórdãos do TC acessíveis no mesmo endereço electrónico, designadamente o Acórdão do TC n.º 196/2004, de 23 de Março, o Acórdão do TC n.º 303/2004, de 5 de Maio, o Acórdão do TC n.º 170/2006, de 6 de Março, o Acórdão do TC n.º 396/2007, de 10 de Julho, o Acórdão do TC n.º 522/2007, de 18 de Outubro, e o Acórdão do TC n.º 591/2007, de 5 de Dezembro. Convém, porém, referir a “Declaração de voto” emitida pela Conselheira Maria João Antunes, *in* Acórdão do TC n.º 396/2007, de 10 de Julho, sustentando a inconstitucionalidade material - por violação do art. 18.º, n.º 2, CRP - do art. 170.º, n.º 1, CP (após a redação dada pela Lei n.º 65/89, de 2 de Setembro), na medida em que a eliminação da exigência típica da “exploração numa situação de abandono ou necessidade” não nos permite continuar a afirmar que o concreto bem tutelado é a liberdade sexual: “com a eliminação daquela exigência típica, o legislador incrimina comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual, relativamente aos quais não pode ser afirmada a *necessidade* de restrição do *direito à liberdade*, enquanto direito necessariamente implicado na punição (artigos 18.º, n.º 2, e 27.º, ns.º 1 e 2, da CRP)”.

<sup>598</sup> A versão em apreciação é a constante do art. 170.º, n.º 1, CP, resultante da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro: “Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos”.

<sup>599</sup> Acórdão do TC n.º 144/2004, cit., cap. II (“Fundamentação”), par. 8.

‘autonomia para a dignidade’ das pessoas que se prostituem<sup>600</sup>, que deve prevalecer perante a liberdade de exercício de profissão ou de actividade económica<sup>601</sup>.

Todavia, por regra, a avaliação da conformidade constitucional da norma sindicada efectiva-se associando o princípio da proporcionalidade ao da igualdade<sup>602</sup>. Assim, diz-se no Acórdão do TC n.º 329/97, de 17 de Abril, que “o princípio da proporcionalidade, em conjugação com o princípio da igualdade, imporá que as medidas das penas em confronto não sejam de tal forma diversas que se descaracterize em absoluto a valoração subjacente ao tipo de ilícito indiciada pela medida abstracta da pena<sup>603</sup>”. Concretizando este juízo de ponderação, vem-se a entender que há violação dos ditos princípios caso se possa concluir no que respeita às penas abstractas aplicáveis à mesma facticidade típica – sendo, todavia, distintos os interesses ou valores indirectamente envolvidos<sup>604</sup> - que não existe “uma zona de sobreposição suficientemente ampla que impeça a quebra de identidade entre o núcleo fundamental das valorações subjacentes<sup>605</sup>”. Todavia, em Acórdão posterior – Acórdão do TC n.º 108/99, de 10 de Fevereiro<sup>606</sup> -, assiste-se à aparente inobservância daquele critério de decisão, num caso em que o recorrente – tendo por objecto um “crime de insubordinação” p. e p. pelo art. 79.º, n.º 1, al. a), do Código de Justiça Militar, cuja facticidade típica é idêntica à de o “crime de ameaça”, do CP - invoca expressamente a violação conjunta dos princípios da

<sup>600</sup> Acórdão do TC n.º 144/2004, cit., cap. II (“Fundamentação”), par. 6.

<sup>601</sup> Não referidos em texto, mas igualmente relevantes para a dilucidação desta problemática atinente à criminalização de certas condutas, vide Acórdão do TC n.º 634/93, de 4 de Novembro, e Acórdão do TC n.º 650/93, de 4 de Novembro, estando aí em discussão a conformidade constitucional face aos princípios da justiça e da proporcionalidade – ínsitos na ideia de Estado de direito democrático – da criminalização *ex vi* arts. 132.º e 133.º, do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante (CPDMM), da “deserção”: será a privação da liberdade imposta pela sanção legal que atende à salvaguarda do interesse público na segurança da navegação *desproporcionada* quando o tripulante não exerce funções ligadas directamente à manutenção e equipagem do navio? Também com interesse a “declaração de vencido” do Conselheiro Bravo Serra (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>602</sup> Vide, entre outros, Acórdão do TC n.º 370/94, de 11 de Maio, Acórdão do TC n.º 958/96, de 10 de Julho, Acórdão do TC n.º 329/97, de 17 de Abril, e Acórdão do TC n.º 62/2011, de 2 de Fevereiro, todos eles disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>603</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 329/97, 1.ª Secção, de 17 de Abril de 1997 (Processo n.º 230/96), relatado por Maria Fernanda Palma, cap. II, par. 7.

<sup>604</sup> Está em causa a punição agravada dos mesmos crimes se cometidos contra interesses essencialmente militares ou de “defesa nacional” (cfr. a respeito do conceito de crime militar após a aprovação da Constituição de 1976, o Acórdão do TC n.º 347/86, de 10 de dezembro, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>605</sup> Acórdão do TC n.º 329/97, cit., cap. II (“Fundamentos”), par. 8.

<sup>606</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 108/99, 3.ª Secção, de 10 de Fevereiro de 1999 (Processo n.º 469/98), relatado por Messias Bento (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).



igualdade e da proporcionalidade<sup>607</sup>. Efectivamente, o TC decide “(...) que, atenta a natureza dos bens jurídicos violados, cujo respeito é essencial (...) à subsistência mesma da instituição militar, não pode dizer-se que seja *manifesto* que a pena prevista no artigo 79.º, n.º 1, alínea a), para o *crime de insubordinação* cometido por ameaças, em acto de serviço (*presídio militar de quatro a seis anos*) seja *desproporcionada* ou *excessiva*<sup>608</sup>”, não obstante à data dos factos ao “crime de ameaça” p. e p. no art. 155.º, ns.º 1 e 2, CP, corresponder uma pena muito menos severa: prisão até um ano ou multa até 100 dias, podendo a prisão elevar-se até 2 anos e a multa até 180 dias se a ameaça consistir na “prática de crime a que corresponda pena de prisão superior a 3 anos”.

Num terceiro caso, aprecia-se se a interpretação normativa do artigo 107.º, n.º 1, do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT)<sup>609</sup> [no sentido de que a remissão feita para o n.º 1, do artigo 105.º, do RGIT<sup>610</sup>, se refere apenas à pena abstracta (prisão até três anos ou multa até 360 dias) e não à “condição objectiva de punibilidade” (prestação tributária em falta de valor superior a 7.500 €)] viola ou não os princípios da igualdade e da proporcionalidade das penas constitucionalmente consagrados. No respectivo Acórdão - Acórdão do TC n.º 97/2011, de 16 de Fevereiro<sup>611</sup> -, os Senhores Conselheiros são unânimes em considerar que, apesar da similitude de comportamentos retratados nas duas normas em confronto – arts. 105.º, n.º 1 e 107.º, n.º 1, ambos do RGIT -, a opção do legislador ordinário estabelecendo “um regime de responsabilidade criminal mais intenso, no caso dos crimes cometidos contra a Segurança Social do que no caso dos crimes cometidos contra a Administração Tributária” não é desproporcionada nem viola o princípio da igualdade, tendo em conta as “peculiaridades próprias do modelo de financiamento do sistema público de Segurança Social, que assenta, maioritariamente, nas contribuições suportadas pelos trabalhadores e pelas entidades empregadoras<sup>612</sup>”.

---

<sup>607</sup> Cfr. parágrafo 8 das alegações do recorrente, in Acórdão do TC, n.º 108/99, cit., par. 1.

<sup>608</sup> Acórdão do TC n.º 108/99, cit., par. 4.4.3.2.

<sup>609</sup> Vide nota de rodapé n.º 575. Como referido atrás, o TC - através do seu Acórdão n.º 428/2010, de 9 de Novembro - apreciara já este artigo na perspectiva dos princípios da legalidade e tipicidade criminal.

<sup>610</sup> Vide nota de rodapé n.º 574.

<sup>611</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 97/2011, 3.ª Secção, de 16 de Fevereiro de 2011 (Processo n.º 284/10), relatado por Ana Guerra Martins (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>612</sup> Acórdão do TC n.º 97/2011, cit., par. 7 (*in fine*).

Finalmente e na perspectiva da discussão jurídico-constitucional da problemática subjacente ao presente estudo, assume particular interesse a seguinte asserção do Conselheiro António Vitorino, Relator do supracitado Acórdão do TC n.º 285/92, de 22 de Julho: “O crivo do artigo 18.º, na perspectiva da determinação da necessidade, adequação e proporcionalidade das restrições (...), anda a par com a essência das garantias conferidas aos cidadãos em geral pelo princípio do Estado de direito democrático, designadamente (...) a que decorre dos princípios da determinabilidade e precisão das leis e da reserva de lei<sup>613</sup>”.

- Crimes de perigo abstracto

Na exigente tarefa legislativa de criminalização das condutas humanas a criação de “tipos legais de perigo abstracto” tem constituído uma matéria juspenal particularmente sensível, frequentemente sindicada pelo TC, *maxime* à luz dos princípios da culpa e da proporcionalidade ou necessidade das penas e medidas de segurança (cfr, respectivamente, arts. 1.º e 25.º, n.º 1, e art. 18.º, n.º 2, todos da CRP). Efectivamente, sendo o perigo nestes crimes somente o motivo da proibição legislativa, eles representam, não apenas uma significativa antecipação da tutela penal, como um instrumento privilegiado de prossecução de uma determinada política criminal, não necessariamente vinculada à protecção de bens com a suficiente ressonância ético-social.

No Acórdão do TC n.º 426/91, de 6 de Novembro<sup>614</sup>, o recorrente alega a inconstitucionalidade material da norma contida no artigo 23.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro<sup>615</sup>, por violação dos princípios da culpa e da presunção da inocência (respectivamente, arts. 1.º e 25.º, n.º 1, e art. 32.º, n.º 2,

<sup>613</sup> Acórdão do TC n.º 285/92, cit., cap. III, ponto C), par. 5.

<sup>614</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91, 2.ª Secção, de 6 de Novembro de 1991 (Processo n.º 183/90), relatado por Sousa e Brito (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)), sendo a respectiva fundamentação retomada no Acórdão do TC n.º 441/94, de 7 de Junho, acessível no mesmo endereço electrónico.

<sup>615</sup> O art. 23.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, criminaliza o “tráfico de drogas”, nos seguintes termos: “Quem, sem se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 36.º, substâncias e preparados compreendidos nas tabelas I a III será punido com a pena de prisão de 6 a 12 anos e multa de 50.000\$ a 5.000.000\$”. O art. 36.º referido no presente preceito legal diz respeito à “punição dos consumidores”.

todos da CRP). Chamando à colação outro princípio jurídico-constitucional não invocado pelo recorrente – princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança (cfr. art. 18.º, n.º 2, CRP) -, o TC vem a considerar que a antecipação da tutela penal que a norma incriminadora em causa representa não viola o sobredito princípio, na medida em que “(...) cabe certamente na margem de apreciação do legislador criminal (...) entender que, desde logo, as condutas descritas no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83 acarretam, por si mesmas, uma grave carência de defesa de bens jurídicos essenciais<sup>616</sup>”. E esses bens seriam “a vida, a integridade física e a liberdade dos virtuais consumidores de estupefacientes; (...) embora todos eles possam ser reconduzidos a um mais geral: a saúde pública<sup>617</sup>”.

Ainda no âmbito da luta contra o tráfico de estupefacientes, o TC é chamado a pronunciar-se sobre a conformidade constitucional da norma inscrita no artigo 40.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro<sup>618</sup>, na interpretação que lhe é dada pelo STJ “segundo a qual tal preceito apenas é aplicável se se provar que a detenção de droga por um consumidor tem como finalidade exclusiva o auto-consumo<sup>619</sup>”. Sustenta o recorrente que essa interpretação viola as garantias de defesa e a presunção de inocência (art. 32.º, ns.º 1 e 2, CRP, respectivamente), na medida em que implica a opção pela incriminação mais desfavorável ao arguido (detenção/tráfico, em vez de detenção/consumo). Todavia, o TC, circunscrevendo-se à apreciação teórica da questão *sub judicio* (isto é, a partir do quadro dogmático dos crimes de perigo abstracto), conclui pela não inconstitucionalidade material do artigo em análise, uma vez que “(...) provado o cometimento do crime de detenção de droga ou substância psicotrópica ilícita, como o crime é de perigo abstracto, comprovada está a perigosidade geral da acção (...): não implica, por isso, qualquer inversão do ónus da prova que viole o princípio da presunção de inocência a exigência de que, para se considerar preenchido o tipo do artigo 40.º do Decreto-Lei

---

<sup>616</sup> Acórdão n.º 426/91, cit., cap. II, ponto C), par. 18.

<sup>617</sup> Acórdão n.º 426/91, cit., cap. II, ponto B), par. 13.

<sup>618</sup> Sob a epígrafe “Consumo”, estatui-se no art. 40.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (que revoga a anterior legislação de combate à droga condensada no Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro): “Quem consumir ou, para o seu consumo, cultivar, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias”.

<sup>619</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 604/97, 1.ª Secção, de 14 de Outubro de 1997 (Processo n.º 507/96), relatado por Vítor Nunes de Almeida, cap. I (“Relatório”), par. 2 (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

n.º 15/93, de 22 de Janeiro, a finalidade da detenção da droga seja o consumo pessoal<sup>620</sup>”.

Noutro processo decidido através do Acórdão do TC n.º 95/2011, de 16 de Fevereiro<sup>621</sup>, o recorrente, servindo-se do argumento principal de que “os crimes de perigo abstracto são uma tutela demasiado avançada do bem jurídico que coloca em crise o **princípio da legalidade** e o **princípio da culpa**”<sup>622</sup> (negritos do recorrente), alega a inconstitucionalidade material da norma extraída do n.º 1 do artigo 292.º do Código Penal<sup>623</sup>. Baseando-se, por um lado, na “jurisprudência firme e constante” do TC segundo a qual “as normas incriminadoras que tipifiquem crimes de perigo abstracto não violam os princípios constitucionais especificamente invocados pelo recorrente<sup>624</sup>” e, por outro, na particular relevância ético-social do bem tutelado – a segurança rodoviária – “que encerra em si próprio diversos outros bens jurídicos individualizáveis, tais como o direito à vida e à integridade física de terceiros ou o direito à propriedade privada”, a Relatora do acórdão em causa – Conselheira Ana Guerra Martins – acaba por negar provimento ao recurso já que “(...) não se vislumbra de que modo pode verificar-se uma violação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal – assente na ideia de proporcionalidade na restrição do direito à liberdade pessoal (artigo 18.º, n.º 2, da CRP) –, na medida em que aquela restrição é, simultaneamente, ‘*necessária*’ à protecção de outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos, ‘*adequada*’ à diminuição dos riscos de lesão de tais bens e ‘*proporcionada em sentido estrito*’, por assentar em critérios médico-científicos consensualizados que permitem aferir o grau de perturbação dos condutores sob a influência de álcool<sup>625</sup>”.

Recentemente e contrariando a sua postura tradicional em conformidade com a qual “a separação de poderes do Estado impõe ao juiz, mormente ao juiz

<sup>620</sup> Acórdão do TC n.º 604/97, cit., cap. II (“Fundamentos”), par. 4.

<sup>621</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 95/2011, 3.ª Secção, de 16 de Fevereiro de 2011 (Processo n.º 103/09), relatado por Ana Guerra Martins (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>622</sup> Parágrafo 6.º das alegações do recorrente, in Acórdão do TC n.º 95/2011, cit., cap. I (“Relatório”), par. 4.

<sup>623</sup> Sob a epígrafe “Condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”, prevê-se no n.º 1, art. 292.º, CP: “Quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

<sup>624</sup> Acórdão do TC n.º 95/2011, cit., cap. II (“Fundamentação”), par. 7.

<sup>625</sup> Acórdão do TC n.º 95/2011, cit., cap. II (“Fundamentação”), par. 8.

constitucional, que salvguarde, com as cautelas necessárias, o espaço de liberdade de conformação que, em matérias de política criminal, pertence primacialmente ao legislador democrático, cuja legitimidade, assente no voto directo popular, lhe confere especial capacidade para decidir quais as condutas passíveis de constituírem ofensas penais, bem como as penas adequadas à punição das mesmas<sup>626</sup>”, o TC vem a decidir (Acórdão do TC n.º 179/2012, de 4 de Abril<sup>627</sup>), na base da impossibilidade de discernir “um bem jurídico-penal claramente definido”, a inconstitucionalidade material das normas criminais de perigo abstracto constantes do Decreto n.º 37/XII da Assembleia da República<sup>628</sup>. Acresce que a referida indefinição do bem jurídico-penal concretamente protegido “não permite a identificação da acção ou omissão que é proibida, com o que fica violada a exigência de determinação típica do artigo 29.º, n.º 1 da Constituição, (...)”<sup>629</sup>.

Entende, todavia, o Conselheiro Carlos Cadilha que o bem jurídico-penal tutelado “é o da transparência das fontes de rendimento” acompanhando apenas o juízo de inconstitucionalidade das normas sindicadas no que respeita à “violação do princípio da presunção da inocência do arguido, na vertente da proibição da inversão do ónus da prova<sup>630</sup>”. Por sua vez, o Conselheiro Vítor Gomes vota

---

<sup>626</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 577/2011, 1.ª Secção, de 29 de Novembro de 2011 (Processo n.º 415/11), relatado por José Borges Soeiro, par. 6 (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>627</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, Plenário, de 4 de Abril de 2012 (Processo n.º 182/12), relatado por José da Cunha Barbosa (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>628</sup> Acórdão do TC n.º 179/2012, cit., par. 8.2. Estão, concretamente, em causa as seguintes normas jurídico-penais: 1) artigo 335.º-A, CP, sob a epígrafe “enriquecimento ilícito”: “Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal”; 2) artigo 386.º, CP, sob a epígrafe “enriquecimento ilícito por funcionário”: “O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal”; 3) artigo 27.º-A, Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, respeitante a “Crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos”: “O titular de cargo político ou de alto cargo público que durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal”.

<sup>629</sup> Acórdão do TC n.º 179/2012, cit., par. 8.3.

<sup>630</sup> “Declaração de voto”, pars. 1 e 3, *in* Acórdão do TC n.º 179/2012, cit. De facto, diz-se ainda no acórdão do TC em análise que “a formulação do tipo não impede o entendimento de que verificada a incongruência entre o património e o rendimento, ela é qualificada de enriquecimento ilícito sem ser feita a demonstração positiva da ausência de toda e qualquer causa lícita”, estando-se, assim, “a presumir a origem ilícita da incompatibilidade e a imputar ao agente um crime de enriquecimento ilícito, o que redundaria em manifesta violação do princípio da presunção de inocência, determinando,

parcialmente vencido, argumentando que nos crimes específicos – funcionário e titular de cargo político – o bem jurídico mediatamente protegido “é a confiança ou credibilidade do Estado”, sendo o bem jurídico imediato da incriminação “a transparência da situação patrimonial”; destarte e ainda que a tutela penal deste bem se revele desproporcionada (desnecessária) quanto aos funcionários em geral, já estará plenamente justificada tratando-se dos titulares de cargos políticos, visto estes últimos estarem já obrigados *ope legis* a um dever especial de transparência (cfr. art. 4.º, Lei n.º 4/83, de 2 de Abril, na redacção que lhe conferiu a Lei n.º 38/2010, de 2 de Setembro) e não se verificar aí qualquer violação do princípio de presunção da inocência constitucionalmente consagrado (art. 32.º, n.º 2, CRP)<sup>631</sup>. Finalmente, o Conselheiro Moura Ramos discorda apenas da “inexistência de um bem jurídico claramente definido”, sem prejuízo da violação do princípio da tipicidade “frustrando assim (...) a possibilidade de tornar apreensível o mandamento jurídico-penal inscrito na norma<sup>632</sup>”.

### II.1.2. Síntese crítica

Também a Constituição como lei escrita que é só pode ser aplicada mediante a interpretação das respectivas normas. Neste sentido e como diz Jorge de Miranda, “conhecer a jurisprudência dos tribunais constitucionais e de órgãos homólogos torna-se indispensável a quem queira apreender a ‘Constituição viva’”. Acrescentando, logo a seguir: “(...) e os próprios tribunais podem julgar amanhã diferentemente e, ao longo do tempo, evoluir na sua compreensão do texto<sup>633</sup>”. Estas afirmações parecem inscrever-se numa certa orientação metodológica que entende a Constituição, não como *law in books*, mas, sim, como *law in action*. Isto é, a interpretação constitucional vai para além dos cânones tradicionais da hermenêutica jurídica, estando o Tribunal Constitucional, em virtude do seu próprio estatuto de garante da Lei Fundamental do Estado, obrigado - ao menos, em certos casos mais problemáticos – a avaliar as consequências previsíveis das suas

---

portanto, a inconstitucionalidade das normas em causa” (Acórdão do TC n.º 179/2012, cit., par. 9, *in fine*).

<sup>631</sup> “Declaração de voto”, pars 2 e 3, *in* Acórdão do TC n.º 179/2012, cit.

<sup>632</sup> “Declaração de voto”, *in* Acórdão do TC n.º 179/2012, cit., (*in fine*).

<sup>633</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – tomo II*. cit., pp. 308 e s.

resoluções. Diz Larenz: “Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*<sup>634</sup>”.

Todavia e tratando-se de o direito penal, esta dimensão mais política do Tribunal Constitucional pode revelar-se contraproducente face às exigências de contenção normativa impostas pela natureza de *ultima ratio* daquele direito. Efectivamente, está-se neste domínio perante uma ordem jurídica que, em virtude da tutela particularmente agressiva que dispensa a certos e determinados bens tidos colectivamente por fundamentais, pode facilmente converter-se numa “arma” letal para os direitos dos cidadãos.

Assim e tendo por referência axiológico-normativa decisiva os princípios e regras que informam o Estado de direito democrático, exige-se - muito especialmente neste sector particular da nossa vida jurídica - que o Tribunal Constitucional não hesite em assumir-se como poder negativo ou “contra-maioritário” em defesa dos direitos e liberdades individuais. É, todavia, nossa convicção que este órgão jurisdicional, alargando à área juspenal e contra-ordenacional uma certa orientação “política” reiteradamente afirmada segundo a qual se obriga a conceder ao legislador ordinário uma ampla margem de conformação normativa, tem privilegiado quase sempre a dimensão institucional pública, em prejuízo de uma protecção mais efectiva à luz do “carácter restritivo das restrições”<sup>635</sup> das esferas jurídico-pessoais com dignidade constitucional. Senão vejamos:

- Recusa de exame na condução com excesso de álcool

A negação reiteradamente afirmada por parte do TC de inconstitucionalidade (orgânica) dos decretos versando matéria penal ou contra-ordenacional emanados do Governo a descoberto de uma autorização legislativa, salvo se as respectivas normas introduzirem uma inovação material face à última vontade do legislador parlamentar, alimenta a insegurança jurídica em manifesta contradição com um dos corolários fundamentais do princípio da legalidade

---

<sup>634</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. cit., p. 517.

<sup>635</sup> Vide MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – tomo II*. cit., p. 306.

criminal: a certeza ou determinabilidade das leis sancionatórias (*lex certa*). Assim e em nossa opinião, Jorge Miranda sustenta a posição doutrinária mais conforme à nossa Lei Fundamental quando afirma: “A reserva de competência (...) é tanto para a feitura de novas normas quanto para a decretação, em novas leis, de normas preexistentes<sup>636</sup>”.

- *Nulla poena sine crimen*

A decisão adoptada pelo TC nos Acórdãos que analisámos respeitantes à sanção acessória de “proibição de conduzir” favorece um entendimento contrário à proscrição constitucional de efeitos necessários ou automáticos das penas (cfr. art. 30.º, n.º 4, CRP), na medida em que dispensa quanto à sua aplicação a verificação *in casu* doutros requisitos materiais para além daqueles que se verificam *ex lege* na hipótese do arguido ser condenado por infracção às regras relativas à condução de veículos motorizados. Aliás e como parece sugerir a Conselheira Fernanda Palma, tudo se passará como se a referida sanção integrasse a pena principal, solução esta que, não tendo (ainda) acolhimento na nossa lei penal<sup>637</sup>, suscita as maiores dúvidas à luz do princípio *nullum crimen*.

- Responsabilidade civil subsidiária

Nesta matéria, há posições divergentes a nível da jurisprudência do TC, atribuindo nós preferência dentro de uma dogmática juspenal constitucionalmente integrada à protagonizada pelo Conselheiro Sousa Ribeiro quando considera não conforme à Constituição a fixação legal da responsabilidade civil subsidiária dos administradores ou gerentes (que atende a finalidades “restaurativas”) segundo os mesmos critérios de prevenção que presidem à determinação da coima ou multa aplicáveis à respectiva pessoa colectiva. Efectivamente, sendo os ilícitos criminal e de mera ordenação social condutas humanas lesivas de bens jurídicos, os agentes aí

<sup>636</sup> Vide nota de rodapé n.º 521.

<sup>637</sup> Há quem sustente que em crimes tais como “condução perigosa” ou “condução em estado de embriaguez” (cfr., respectivamente, arts. 291.º e 292.º, CP) a sanção principal não deveria ser prisão ou multa, mas, sim, proibição de conduzir (vide DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 92 e s).



implicados respondem necessariamente em função doutros interesses sociais distintos daqueles que modelam as simples relações de carácter patrimonial próprias do direito civil: isto é, os ilícitos acima referidos “encerram” uma gravidade e culpa específicas, razão pela qual a concreta “igualação” de responsabilidades – criminal (ou contra-ordenacional) e civil – será sempre contrária à “natureza das coisas” e violadora dos princípios da culpa, da igualdade e da proporcionalidade constitucionalmente consagrados.

Se nos circunscrevermos ao domínio do direito penal, diremos que a íntima conexão entre a pena e o autor do crime constitui um corolário do princípio da legalidade criminal. Vejamos: o legislador não pode converter a pena noutra entidade jusreactiva (v.g., indemnização) contrária à sua natureza jurídica sem alterar substantivamente o facto de que ela é a consequência (*nulla poena sine crimen*); por outro lado, sendo o agente ou autor do delito um dos elementos constitutivos do tipo objectivo de ilícito, a respectiva caracterização faz necessariamente parte da factualidade típica que o legislador prevê para um certo e determinado crime (*nullum crimen sine auctore*); logo e partindo destas duas constatações - que derivam, elas próprias, do princípio *nullum crimen* -, a saber: *nulla poena sine crimen* (premissa maior) e *nullum crimen sine auctore* (premissa menor), extrai-se, lógico-silogisticamente, a seguinte conclusão: *nulla poena sine auctore* (conclusão). É dizer: se a sanção que se aplica mantém ainda a natureza de pena, só pode ser responsabilizada a pessoa que pratica a infracção correspondente (autor); não sendo assim e convertendo-se *ope legis* a sanção em indemnização civil, em verdadeiro rigor não há autor e, destarte, quem possa ser responsabilizado pelo respectivo cumprimento.

- *Nulla poena sine lege*

A ausência de lei (*sine lege*) significa nos casos *sub judicio* a escassa relevância normativa do respectivo conteúdo, uma vez que a sanção legalmente prevista apresenta uma extensão desmesurada (o limite máximo é 600 vezes superior ao limite mínimo). Todavia, o TC não se decide nalgumas ocasiões pela inconstitucionalidade material da respectiva norma, entendendo até que essa extensão será o “preço” a pagar pelo princípio da legalidade criminal face às exigências normativas de o princípio da culpa. Esta posição do tribunal não chega,

todavia, a converter-se em “jurisprudência constante”, já que, noutras alturas e face à mesma ou idêntica amplitude sancionatória, declara-se – e bem - a violação do princípio *nullum crimen* e, consequentemente, a não conformidade constitucional da norma sindicada.

- Lex certa

A questão apreciada, agora, apresenta certas similitudes com a anterior, na medida em que está, também, em causa a indeterminabilidade da lei, mas por razões diversas: tipicidade insuficiente das condutas punidas. Não obstante o TC se decidir nas situações que analisámos pela inconstitucionalidade, fica-se com a ideia – como referimos já – que o faz, não tanto por exigência da dimensão de certeza inscrita no princípio da legalidade criminal, mas, sim, por homenagem ao mandato constitucional de “reserva de lei formal”, mandato este que, apesar de ser, igualmente, um corolário do sobredito princípio, não constitui menos uma emanção de o princípio da separação de poderes (cfr. art. 111.º, n.º 1, CRP)<sup>638</sup>.

- Princípio da proporcionalidade

Esta é uma das sedes em que se revela mais abundantemente a particular contenção do TC em se substituir às opções do legislador ordinário. A comprová-lo está que este tribunal não afasta (ao menos, nos casos que seleccionámos) por inconstitucionalidade nenhuma das normas sindicadas, posição esta que se verifica em todas as quatro perspectivas consideradas, a saber: pena *versus* facto; definição legal da sanção; criminalização da conduta humana; factos idênticos sujeitos a penas desiguais (estando aí em causa as exigências derivadas do princípio da igualdade em conjugação com o princípio da proporcionalidade). Devemos, todavia, sublinhar e apreciar favoravelmente os “votos vencidos” dos Conselheiros Monteiro Diniz e Sousa Ribeiro, respectivamente, sendo certo que essas

<sup>638</sup> Há, todavia, quem entenda que a tipicidade legal corresponde a “uma reserva qualificada de lei”, em virtude da qual a Constituição atribui à lei ordinária um poder idêntico àquele que a Lei Fundamental reserva para si própria em certas matérias (reserva de Constituição), “ainda que com a exigência de precisa determinação e descrição, (...) como se verifica com a tipicidade (...) dos crimes, das penas, das medidas de segurança e dos seus pressupostos...” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo V*. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 215).

declarações “contra-corrente” confirmam de algum modo a vertente, porventura, excessivamente “institucional” da nossa jurisprudência constitucional.

- Crimes de perigo abstracto

Esta categoria de crimes tem suscitado diversas questões postas à apreciação do TC, fundamentalmente por alegada violação do princípio da necessidade das penas (princípio este que, evidenciando a natureza subsidiária do direito penal em geral, constitui, também, uma manifestação do princípio da proporcionalidade *ex vi* art. 18.º, n.º 2, CRP). Discute-se, sobretudo, a significativa antecipação de tutela penal que a categoria juspenal em causa possibilita, antecipação esta que se presta, particularmente, à prossecução por parte do Estado de objectivos estratégico-políticos de controlo, à custa de um risco acrescido para os direitos e liberdades dos cidadãos.

Porém, também agora a actividade sindicante do tribunal se mostra coincidente com as valorações do legislador ordinário, confirmando o TC, “firme e reiteradamente”, a não inconstitucionalidade dessas valorações.

Devemos, todavia, reconhecer a excepção que representa o recente Acórdão do TC n.º 179/2012, de 4 de Abril: assume-se aí (ao menos, implicitamente) que a intervenção a destempo de o direito penal pode conduzir à diluição do bem jurídico concretamente tutelado, convertendo o respectivo ilícito numa proibição vazia de sentido axiológico-normativo. Este acórdão expressa, também, a tomada em consideração de princípios fundamentais vertidos na Constituição que são no sector juspenal verdadeiramente estruturantes: *maxime*, princípios da tipicidade e presunção de inocência (cfr, respectivamente, arts. 29.º, n.º 1 e 32.º, n.º 2, CRP).

Em suma: pese embora a nossa análise estar longe de esgotar a produção jurisprudencial do Tribunal Constitucional nestas matérias conexas ao princípio da legalidade criminal, somos levados a concluir que a sua actuação tem-se revelado mais “política” do que estritamente jurídica, mais “pragmática” do que “dogmática”. Decisivamente e como sustenta Karl Larenz a respeito da justiça constitucional em geral<sup>639</sup>, o TC adopta a postura, porventura, mais favorável aos

---

<sup>639</sup> Vide a citação feita em texto e respectiva nota de rodapé n.º 634.

interesses do Estado mas que julgamos menos conforme ao Direito negando pertinência ao famoso brocardo jurídico: *fiat justitia, pereat res publica*. Ou seja: contrariando, aparentemente, a posição filosófico-política que atribui às constituições e respectivos juízes uma fiscalização alargada e estrita da conformidade das actuações – e omissões – normativas dos poderes constituídos face aos exigentes conteúdos materiais incluídos nessas constituições (“Estado constitucional”), o TC dará preferência àquela outra corrente filosófico-política que reconhece aos poderes ordinários (*maxime*, legislativo) uma ampla presunção de legitimidade jurídica (“Estado legislativo”).

Neste sentido, a nossa análise crítica ao conteúdo preceptivo do artigo 26.º, CP, há-de situar-se num plano *de iure constituendo*, sendo, também, nesse plano que deveremos entender as conclusões a que se chega nas anotações feitas a diversas decisões dos nossos tribunais superiores em sede de autoria, mesmo quando elas traduzem uma interpretação *praeter legem* ou até *contra legem* do respectivo preceito juspenal<sup>640</sup>.

---

<sup>640</sup> É por situarmos a nossa análise crítica à legislação e jurisprudência sobre autoria em matéria penal numa perspectiva reformista (*de iure constituendo*), que nos decidimos a incluir na última secção deste estudo o esboço de uma proposta de revisão legislativa.

## II.2. Supremo Tribunal de Justiça

O actual regime de recursos em processo penal<sup>641</sup> reserva ao Supremo Tribunal de Justiça a competência de decidir, em última instância, sobre a lei e o direito, particularmente nos casos de maior gravidade. Em contrapartida e à excepção dos vícios constantes do artigo 410.º, n.º 2, CPP<sup>642</sup>, está-lhe vedado o conhecimento de facto cabendo às Relações a última palavra sobre tal matéria<sup>643</sup>.

Por outro lado e mesmo no que respeita à questão de direito, a competência das Relações esgota, em hipóteses diversas e taxativamente previstas na nossa lei adjectiva (cfr. arts. 400.º, n.º 1, als. d), e) e f) e 432.º, n.º 1, al. b), ambos do CPP), os poderes de cognição dos tribunais superiores nesse âmbito.

Será, pois, dentro deste enquadramento legislativo que poderemos analisar criticamente o entendimento que o STJ vem adoptando no que respeita à comparticipação criminosa. Neste sentido, vamos proceder de seguida ao exame detalhado dos acórdãos produzidos nos últimos dez anos (isto é, a partir do ano 2000), subdividindo esse exame de acordo com as diversas formas particulares de autoria previstas no art. 26.º, CP, mas sem obedecer à ordem aí fixada e desconsiderando por não suscitar problemas especiais a autoria imediata. Concluiremos com uma “síntese crítica”.

### II.2.1. Análise da jurisprudência

No âmbito da comparticipação criminosa, a esmagadora maioria dos casos apreciados e decididos pelo STJ reconduz-se à figura da co-autoria. Destarte, iniciaremos a nossa análise por esta forma particular de autoria, ocupando-nos a seguir da autoria mediata (*versus* instigação). Por outro lado, seguir-se-á uma ordem cronológica regressiva, partindo dos acórdãos mais recentes e terminando com os mais antigos. Por último e para não nos tornarmos cansativos, limitar-nos-

---

<sup>641</sup> Instituído pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, que inovou profundamente o regime de recursos previsto na versão originária do Código de Processo Penal de 1987.

<sup>642</sup> Acresce que o próprio conhecimento destes vícios segundo jurisprudência largamente dominante só pode verificar-se *ex officio* e não a solicitação dos intervenientes processuais, e apenas se o STJ entender que esse conhecimento é indispensável ao reexame da matéria de direito (*vide*, por todos, Acórdão do STJ, de 17-1-2001, em *Colecção de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Ano IX (2001), Tomo I, p. 211).

<sup>643</sup> *Vide*, respectivamente, arts. 434.º e 428.º, CPP.

emos na exposição da matéria de facto ao relato dos acontecimentos mais relevantes na perspectiva da questão de direito – autoria - que constitui o objecto deste estudo. Assim,

### II.2.1.1. Co-autoria

#### II.2.1.1.1. É-se co-autor porque se acordou

De entre os acórdãos do STJ estudados, alguns deles atribuem uma relevância especial à vertente subjectiva de a co-autoria, que se consubstancia no planeamento em comum do empreendimento criminoso a realizar. Ainda que os Senhores Conselheiros não cheguem às posições, extremadamente, subjectivistas da doutrina de o “empreendimento comum” sustentada pelo TPII ou de o “acordo prévio” subscrita largos anos atrás pela jurisprudência espanhola<sup>644</sup>, a apreciação que fazem da matéria de facto *sub judice* evidencia uma interpretação da 3.<sup>a</sup> alternativa, art. 26.º, CP, que não se compagina com o respectivo conteúdo preceptivo. São esses acórdãos os seguintes:

#### 1.º Acórdão do STJ, de 8-6-2011 (Homicídio)<sup>645</sup>

Segundo o presente aresto, “a decisão de primeira instância (...) enferma da nulidade a que se reporta o artigo 379 do Código de Processo Penal<sup>646</sup>”. Está em causa (parece-nos) a omissão de pronúncia referida na primeira parte da alínea c), do n.º 1, do sobredito artigo: “É nula a sentença quando o tribunal deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar”. Vejamos porquê.

No seguimento da acusação formulada pelo Ministério Público<sup>647</sup>, o tribunal de 1.<sup>a</sup> instância veio a dar como provado que, tendo os arguidos acordado entre si um

<sup>644</sup> Vide Parte Terceira, capítulo I, par. 1, sub-alínea aa) da nossa investigação.

<sup>645</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.<sup>a</sup> Secção, de 8 de Junho de 2011 (Proc. n.º 1584/09.3PBSNT.L1S1), relatado por Santos Cabral (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 10-6-2012).

<sup>646</sup> Acórdão do STJ, de 8-6-2011, II (*in fine*).

<sup>647</sup> Tendo por referência última o concreto problema jurídico criminal em discussão, caberá à acusação definir e delimitar o objecto do processo, sendo por ela que se fixam, designadamente, o *thema probandi* e o *thema decidendi*. Esta é, aliás, uma exigência da estrutura acusatória do nosso processo penal (cfr. art. 32.º, n.º 5, CRP), estando o tribunal, em princípio e para assegurar a

plano com vista a subtrair a vida a outrem, um deles - o arguido CC- fazendo-se passar por funcionário da EDP conseguiu atrair a vítima ao patamar de entrada do prédio (n.º 5 da matéria de facto), altura em que “os restantes arguidos saíram de rompante” da cave e o arguido DD, munido de uma pistola, disparou e feriu, mortalmente, FF (n.º 8 da matéria de facto).

Entende, porém, o STJ que os factos provados são omissos no que respeita ao conteúdo do acordo “previamente desenhado entre os arguidos”, não obstante a acusação descrever “com precisão (...) o objectivo e tarefas a desempenhar por cada um dos mesmos<sup>648</sup>”.

Independentemente da razão que possa assistir ao tribunal *ad quem*, interessa-nos, sobretudo, sublinhar os motivos por que esta instância judiciária julga fundamental a referida prova. É que os “actos de execução de algo previamente acordado (...) podem assumir significados totalmente distintos em função do propósito com que são praticados, isto é, o que, num determinado contexto, é uma actuação desprovida de significado pode, num outro contexto, assumir uma dimensão valorativa, negativa de valores protegidos juridicamente<sup>649</sup>”. Em suma: será à luz do acordado (dimensão subjectiva) que deveremos na opinião do STJ apreciar, em definitivo, a relevância jurídico-penal da concreta contribuição de cada agente para a realização conjunta do facto, em termos de nos decidirmos pela sua qualificação como co-autor ou mero cúmplice.

Resta acrescentar que, tendo o tribunal colectivo considerado todos os arguidos co-autores de um crime de homicídio qualificado, a Relação imputou apenas essa qualificação a DD e CC – e por um crime de homicídio simples -, punindo os restantes agentes como cúmplices. Porém e a nosso ver, também CC deve ser tido como cúmplice, ainda que comparativamente aos outros cúmplices a respectiva actuação possa evidenciar um maior grau de gravidade a ter em conta na determinação da medida da pena aplicável a este arguido. É que ele não tomou, igualmente, parte directa na execução do crime de homicídio, cuja autoria pertence, assim, exclusivamente a DD.

---

plenitude da defesa do arguido, vinculado a não tomar em consideração outras circunstâncias para além das previstas na acusação (princípio da vinculação temática).

<sup>648</sup> Acórdão do STJ, de 8-6-2011, II.

<sup>649</sup> Acórdão do STJ, de 8-6-2011, II.

2.º Acórdão do STJ, de 27-5-2009 (Tráfico de estupefacientes)<sup>650</sup>

Está em causa a actividade desenvolvida individualmente ou por diversos casais no âmbito de a compra e venda de estupefacientes. Assim, v. g., o arguido AA e a arguida BB, que eram “casados” segundo a lei da etnia cigana, “pelo menos a partir de Outubro de 2005” e até início de 2006 (quatro meses), compravam quantidades de droga (heroína e cocaína) “que permitiam satisfazer as vendas a que procediam”, aquisições essas que chegaram “a atingir numa das vezes um valor da ordem dos 4.000 contos (ou seja, vinte mil euros)”. Tais produtos eram vendidos a “outros indivíduos, sabendo que estes a iriam voltar a vender por conta própria, mas também a vendendo directamente a consumidores<sup>651</sup>”.

Todavia, a co-arguida BB, condenada juntamente com o seu companheiro AA como co-autora de um crime de tráfico de estupefacientes, vem, no recurso interposto para o STJ, alegar *i. a.* que a respectiva forma de participação nos factos dados como provados se quedava pelo mero auxílio integrante de cumplicidade *ex vi* art. 27.º, n.º 1, CP (conclusão III).

Diz-se - na matéria de facto dada como provada - que a actuação do sobredito casal se reconduz à “actividade que o arguido AA *executava directamente por si* e de comum acordo e em conjugação de esforços com a sua companheira, a arguida BB, consoante o que estivesse disponível (*embora o arguido AA tivesse maior disponibilidade e assumisse a liderança desse negócio*)...”<sup>652</sup> (os “itálicos” são nossos). Por outro lado, os factos provados (vendas) são imputados genericamente aos dois co-arguidos, havendo, porém, alguns contactos feitos directamente entre os compradores e AA (é o caso tanto de EE como de II, revendedores de droga, assim como de UU e VV, consumidores), enquanto, doutras vezes, é ainda AA quem fornece “uma embalagem de 0,5 gr. de heroína por 20,00 €” a SS e “durante dois meses em 2005” a TT “que usava o seu telemóvel para contactar o arguido AA e lhe ia comprar um ou dois pacotes de 10,00 € de heroína”. Assim, o único facto expressamente imputado a BB é o seguinte: “Em 8/1/06 a arguida BB deu a um L... um bocadinho de droga”. Também sem distinguir,

<sup>650</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 27 de Maio de 2009 (Proc. n.º 09P0484), relatado por Raul Borges (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 18-7-2012).

<sup>651</sup> Acórdão do STJ, de 27-5-2009, “Factos provados”, I.

<sup>652</sup> Acórdão do STJ, de 27-5-2009, “Factos provados”, I.



acrescenta-se que “para além da actividade descrita, os arguidos agindo de comum acordo e em conjugação de esforços, deslocavam-se, *por vezes em conjunto*, para fazer as entregas de estupefacientes, fazer as compras, verificar a qualidade, transportar e guardar as drogas e a ajustar e receber os preços, como sucedeu, pelo menos em 13/01/2006 e em 22/01/2006<sup>653</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

Reiterando “jurisprudência dominante” do STJ, o presente acórdão afirma: “As imputações genéricas, designadamente no domínio do tráfico de estupefacientes, sem qualquer especificação das condutas em que se concretizou o aludido comércio e do tempo e lugar em que tal aconteceu, por não serem passíveis de um efectivo contraditório e, portanto, do direito de defesa constitucionalmente consagrado, *não podem servir de suporte à qualificação da conduta do agente*<sup>654</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

Ora, tendo, por outro lado, em consideração que o ilícito é sempre a expressão pessoal de uma vontade criminosa (“todo o ilícito penal é ilícito *pessoal*<sup>655</sup>”), haverá de convir que os factos atribuídos pessoalmente à arguida BB são insuficientes para sustentar que há da sua parte uma intervenção directa na execução.

Sobra, pois, o acordo, ao menos, tácito que a co-arguida dá à actividade desenvolvida pelo seu companheiro AA e o apoio que lhe presta em certas ocasiões não concretamente especificadas acompanhando-o quando aquele adquire ou vende droga, conduta esta que o tribunal *ad quem* qualifica como própria de um co-autor, confirmando a qualificação jurídico-penal subscrita pela decisão recorrida. Aliás, a importância decisiva dada à vertente subjectiva de a co-autoria resulta evidente a partir de asserções como as seguintes: “Os casos de comparticipação só são configuráveis *mediante acordo prévio* dos participantes, que *traçando um plano criminoso*, visam pô-lo em prática”; ou, mais concretamente, “a co-autoria é a execução colectiva do facto, comunitária, em que cada participante *quer causar o resultado como próprio, mas com base numa decisão conjunta e com forças conjugadas*<sup>656</sup>” (os “*itálicos*” são nossos).

---

<sup>653</sup> Acórdão do STJ, de 27-5-2009, “Factos provados”, I.

<sup>654</sup> Acórdão do STJ, de 27-5-2009, “Recurso dos arguidos JJ e KK”.

<sup>655</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 271.

<sup>656</sup> Acórdão do STJ, de 27-5-2009, “Recurso da arguida BB – Co-autoria ou cumplicidade?”.

Portanto, o STJ – atendendo, sobretudo, ao acordo firmado pelos arguidos – acaba por qualificar como co-autor quem praticou quando muito actos de cumplicidade.

### 3.º Acórdão do STJ, de 27-5-2009 (Homicídio)<sup>657</sup>

Diz-se no presente aresto: “A integração diferencial entre as categorias da autoria (ou como simples participação), mais do que, ou antes de excursões dogmáticas, *há-de resultar dos factos provados e da específica singularidade com que se apresentem em cada situação*, no entrelaçar de feixes concretos de relações entre agentes de um determinado facto ilícito típico<sup>658</sup>” (o “itálico” é nosso). Todavia e tendo particularmente em consideração o princípio constitucional de legalidade criminal, o critério último e decisivo de qualificação jurídico-penal da intervenção de duas ou mais pessoas na situação da vida *sub judice*, seja qual for a vertente em que essa situação se desdobre, ser-nos-á dado pela norma legal aplicável: arts. 26.º (“Autoria”) e+’ 27.º (“Cumplicidade”), CP. E esses artigos – usando as palavras do próprio acórdão em análise – tomaram uma “opção legislativa assumindo construções categoriais da dogmática<sup>659</sup>”.

Vejam, porém, os factos provados implicados no recurso interposto para o STJ quando aí se coloca em crise a qualificação jurídico-penal da participação da co-arguida AA no crime de homicídio qualificado praticado com a comparticipação de outros dois arguidos<sup>660</sup>:

“Com o objectivo de se libertar definitivamente do marido”, que ameaçara divorciar-se, “e de lhe retirar e fazer seus valores e dinheiro”, a arguida AA “decidiu tirar-lhe a vida. (...) Com vista a esse propósito, (...) a arguida contactou o arguido BB”, que anuiu “mediante a contrapartida económica de € 150.000,00 (cento e cinquenta mil euros)”. Entretanto, este último “convidou o arguido CC a participar no seu cometimento, partilhando com ele parte da quantia contratada, a

<sup>657</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 27 de Maio de 2009 (Proc. n.º 58/07.1PRLSB.S1), relatado por Henriques Gaspar (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 21-7-2012).

<sup>658</sup> Acórdão do STJ, de 27-5-2009, par. 11.

<sup>659</sup> Acórdão do STJ, de 27-5-2009, par. 11.

<sup>660</sup> Acórdão do STJ, de 27-5-2009, par. 3: “Pretende também que ‘o enquadramento jurídico da dimensão participativa da arguida’ deve ser feito ‘no quadro da instigação’, sendo que ‘consubstancia uma forma de participação num crime alheio e não uma forma de autoria’”.

que este acedeu”. Após uma tentativa gorada, em que “o arguido BB hesitou em abordar a vítima e concretizar a sua morte, ainda que essa fosse a firme vontade da AA (...), o arguido BB telefonou ao arguido CC”, tendo estabelecido com este um novo plano que acertara, previamente, com AA. Assim e na execução deste novo acordo, os dois comparsas dirigiram-se para um apartamento pertencente ao casal, cujas chaves lhes tinham sido entregues por AA e “que se encontrava arrendado mas desabitado e com obras de restauração suspensas”, enquanto a arguida AA telefonava ao marido, combinando encontrar-se aí com ele “por forma a acertar pormenores do divórcio”. Ao mesmo tempo que ia controlando, por telefone, “os passos da vítima” e informando os co-arguidos da exacta localização desta, a arguida AA deslocou-se, também, em direcção ao referido apartamento, acabando por se com o marido à porta do respectivo prédio. Nessa altura e “alegando claustrofobia, a arguida tomou as escadas para aceder ao apartamento (...), viajando a vítima de elevador. Acto contínuo, a arguida avisou o arguido BB da chegada iminente da vítima através de um telefonema”. Após ter entrado no apartamento e questionado CC “quanto às razões da sua presença no local”, a vítima foi surpreendida por BB, que lhe desferiu sucessivos golpes com uma marreta, tendo ainda e “de modo a garantir a consumação do crime pela asfixia” enfiado um saco à volta da cabeça do ofendido, que atou com um fio eléctrico. De seguida, deslocaram-se “em direcção à habitação do arguido BB, em Torres Vedras,” e, num supermercado dessa cidade, “o arguido BB (...) entregou ao arguido CC a quantia de € 1.500, como contrapartida da sua participação no homicídio. (...) Os golpes desferidos pelo arguido BB, causaram à vítima graves lesões traumáticas crânio-vasculo-encefálicas e torácicas, que foram causa directa e necessária da sua morte (...)”<sup>661</sup>.

Tendo todos os três arguidos sido condenados pelo tribunal colectivo como co-autores de um crime de homicídio qualificado<sup>662</sup>, decisão esta inteiramente confirmada pela Relação, vem o STJ subscrever a mesma qualificação jurídico-penal, designadamente quanto à intervenção nesse crime da co-arguida AA. Neste sentido, argumenta-se:

---

<sup>661</sup> Acórdão do STJ, de 27-5-2009, par. 7.

<sup>662</sup> Os arguidos BB e CC foram, também, condenados, em concurso efectivo de infracções, como co-autores de um crime de furto qualificado.

“A noção de autoria, para além das modalidades de imediata ou mediata, abrange também os casos de comparticipação com pluralidade de agentes. Neste caso, é essencial o acordo prévio para o facto e a participação directa, *mediata ou imediata*, na execução do facto. (...) *O autor deve ter o domínio funcional do facto*; o co-autor tem também, do mesmo modo, que deter o domínio funcional da actividade que realiza, integrante do conjunto da acção para a qual deu o seu acordo, *e na execução de tal acordo se dispôs a levar a cabo*. O domínio funcional do facto próprio da autoria significa que a actividade, mesmo parcelar, do co-autor na realização do objectivo acordado *se tem de revelar indispensável à realização da finalidade pretendida*<sup>663</sup>” (os “itálicos” são nossos).

Constata-se, pois, que na perspectiva do tribunal *ad quem* a execução é, na co-autoria, sobretudo, a projecção externa do acordo firmado entre os intervenientes no facto punível: “Na co-autoria a execução é fruto de uma decisão conjunta, em conexão mútua entre as partes de execução do facto a cargo de cada um dos co-autores numa consideração objectiva<sup>664</sup>”.

Acontece, porém, que esta compreensão da co-autoria traduz-se, a nosso ver, num alargamento desmesurado das respectivas “fronteiras” dogmáticas, não nos permitindo em verdadeiro rigor distingui-la de outras formas particulares de participação *lato sensu*, designadamente da instigação e até da cumplicidade. É que também nestas existe (instigação) ou pode existir (cumplicidade) um acordo funcionalmente determinado e direccionado à prática de um ou mais crimes, sendo o facto a manifestação externa ou objectiva desse conluio criminoso. Portanto e independentemente do planeado, só será co-autor à luz da teoria do domínio do facto quem se revelar “senhor” da realização típica assumindo-a, substancialmente, “nas suas próprias mãos”: isto é, dele dependerá, em definitivo, o *se* e *como* daquela realização, na medida em que detém, não apenas o “domínio negativo”, mas, também, o “domínio positivo” do facto (sendo certo que este último pressupõe logicamente o primeiro).

<sup>663</sup> Acórdão do STJ, de 27-5-2009, par. 11.

<sup>664</sup> Acórdão do STJ, de 27-5-2009, par. 11.

*In casu* não possuindo AA o domínio do facto (ao menos, na sua vertente positiva, como facilmente se verificará atendendo ao seguinte facto provado: “à chegada da vítima a sua casa, já na madrugada do dia 20 de Janeiro de 2007, cerca das 3:45 horas, o arguido BB hesitou em abordar a vítima e concretizar a sua morte, *ainda que essa fosse a firme vontade da AA*<sup>665</sup>”), aquela só poderá ser considerada instigadora (“pactuou” com BB a morte do marido mediante uma contrapartida financeira de € 150.000,00 a favor do executor), estando os restantes actos que ela praticou – actos estes que são de cumplicidade e não de co-autoria, na medida em que de carácter ancilar e meramente preparatórios do crime de homicídio cometido por BB: atrair a vítima ao local do crime, fornecer as chaves do apartamento, etc. - numa relação de subsidiariedade (implícita) face à instigação, em virtude de constituírem “formas menos intensivas de agressão ao mesmo bem jurídico<sup>666</sup>”.

É, porém, instigadora – não porque detenha o “domínio de decisão” no que respeita ao homicídio executado, em co-autoria, por BB e CC (veja-se, novamente, o “facto provado” acima descrito) – mas, sim, na medida em que a arguida AA se constitui, num juízo *ex ante*, de prognose póstuma, e segundo a interpretação que fazemos da 4.<sup>a</sup> alternativa, art. 26.º, CP, em causa *necessária* ou *determinante* de um crime praticado por outrem e, portanto, em autora (moral) desse mesmo crime.

#### 4.º Acórdão do STJ, de 15-4-2009 (Homicídio)<sup>667</sup>

Neste acórdão, acolhe-se a posição jurisprudencial dominante no nosso “tribunal de revista” no que respeita ao entendimento doutrinário que vem subscrevendo da co-autoria. Está em causa a seguinte factualidade (os “itálicos” são nossos):

Após terem decidido assaltar uma ourivesaria, os arguidos resolveram, também, que esse assalto “deveria ser levado a cabo para além do arguido AA, *como motorista*, também com a participação de mais uma pessoa de sexo feminino *que deveria acompanhar o BB ao interior do estabelecimento e mostrar-se interessada na aquisição de objetos em ouro* antes de ambos forçarem a pessoa que

<sup>665</sup> Vide factos provados descritos acima; o “itálico” é de nossa responsabilidade.

<sup>666</sup> Sobre esta forma implícita de subsidiariedade, *vide*, por todos, DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., pp. 999 e s.

<sup>667</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.<sup>a</sup> Secção, de 15 de Abril de 2009 (Proc. n.º 09P0583), relatado por Fernando Fróis (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 21-12-2012).

os atendesse a entregar os bens que lá se encontrassem mediante a ameaça de lhes tirarem a vida com a utilização de uma arma de fogo” (n.º 10 da matéria de facto). Assim, “os arguidos AA e BB, fazendo-se transportar no veículo (...) conduzido pelo arguido AA, foram buscar a arguida CC” (n.º 15 da matéria de facto), a quem BB explicou “como ela se deveria comportar quando fossem à ourivesaria” (n.º 19 da matéria de facto). Tendo sido transportados até ao local do crime por AA, que adquiriu, também, uma faca de lâmina articulada entregue mais tarde a BB (respectivamente, ns.º 22 e 28 da matéria de facto), aquele arguido *permaneceu no interior do veículo automóvel* que lhes servira de transporte, “*a aguardar a concretização do assalto, com o intuito de, após a sua consumação e depois de ser contactado via telemóvel pelo arguido BB, ir buscar este e CC (...), tudo em obediência ao plano entre todos previamente acordado*” (n.º 30 da matéria de facto). Entretanto e já no interior do estabelecimento, “a arguida CC começou por mostrar interesse em peças de ouro” (n.º 31 da matéria de facto), enquanto o arguido BB, “passados alguns minutos, (...) retirou dos bolsos do casaco que na ocasião trajava a pistola e a faca de lâmina articulada de que era portador e exibiu-as na direcção do DD com o intuito de o intimidar” (n.º 32 da matéria de facto). Todavia, “o DD decidiu opor-se à concretização de tais intentos usando a sua força física e utilizando um martelo, acabando por se envolver em luta corporal com o arguido BB”, a quem “a arguida CC tentou auxiliar” (respectivamente, ns.º 33 e 34 da matéria de facto). No decurso desse confronto físico, “o BB desferiu sete golpes com a faca de lâmina articulada no tronco e membros do DD, bem assim como dois tiros, um dos quais atingiu o DD ao nível da perna esquerda e o outro ao nível do peito, também sobre o lado esquerdo” (n.º 35 da matéria de facto). Seguidamente, “o BB e a CC abandonaram a ourivesaria e dirigiram-se para (...) *o local onde o arguido AA, por solicitação via telemóvel do arguido BB, os foi buscar*”, acabando os três por saírem, rapidamente, da localidade, no veículo automóvel conduzido por AA (n.º 36 da matéria de facto). DD perdeu a vida “em consequência necessária e directa das lesões traumáticas torácicas produzidas pelo projectil disparado pela arma de fogo utilizada no assalto” (n.º 39 da matéria de facto).

Os três arguidos foram condenados pelo tribunal colectivo como co-autores, em concurso efectivo de infracções, de um crime de roubo qualificado na forma tentada e de um crime de homicídio qualificado, decisão esta confirmada pela

Relação. Tendo todos eles interposto recurso para o Supremo, apenas foi admitido o apresentado pelo arguido AA “que pugna pela sua absolvição relativamente ao crime de homicídio qualificado<sup>668</sup>”.

Diz o tribunal *ad quem* reiterando uma posição que ele próprio considera corresponder à sustentada pela doutrina e jurisprudência que os elementos de a co-autoria são os seguintes (os “*itálicos*” são nossos):

- “- a intervenção directa *na fase de execução do crime* (execução conjunta do facto);
- o acordo para a realização conjunta do facto; acordo que não pressupõe a participação de todos na elaboração do plano comum de execução do facto; que não tem de ser expresso, podendo manifestar-se através de qualquer comportamento concludente; e que não tem de ser prévio ao início da prestação do contributo do respectivo co-autor;
- o domínio funcional do facto, *no sentido de ‘deter e exercer o domínio positivo do facto típico’*, ou seja *o domínio da sua função*, do seu contributo, na realização do tipo, de tal forma que, numa perspectiva ‘*ex ante*’, *a omissão do seu contributo impediria a realização do facto típico na forma planeada*<sup>669</sup>”.

Esta fundamentação se, por um lado, subscreve uma interpretação, ao menos, *praeter legem* do art. 26.º, 3.ª alternativa, CP (sendo certo que este mesmo artigo constitui já *de per se* uma cláusula normativa de extensão da tipicidade inscrita nos diversos ilícitos criminais previstos na Parte Especial), por outro, contém asserções dogmáticas menos rigorosas. Efectivamente, a) afirmar-se que a “execução conjunta” consiste em intervir na fase executiva representa, em verdadeiro rigor, não considerar dentro dos limites hermenêuticos impostos pelo critério do “teor literal” o segmento legal “tomar parte directa na sua execução”: uma coisa é praticar um ou mais actos de execução, outra praticar acto(s) preparatório(s) no decurso da execução; b) dizer-se que a co-autoria se reconduz ao “domínio funcional do facto” não significa que o co-autor detém o domínio da sua função: este último domínio também o possui o cúmplice quando presta de mão própria auxílio, material e/ou moral, diversamente do que se verifica no que respeita ao primeiro domínio que equivale a sustentar que o co-autor domina o

<sup>668</sup> Acórdão do STJ, de 15-4-2009, “Relatório”.

<sup>669</sup> Acórdão do STJ, de 15-4-2009, “Os Factos e o Direito”.

evento criminoso em virtude da função que exerce (domínio funcional do facto); c) o domínio positivo do facto típico atribui ao respectivo agente a capacidade de consumação do crime, não simplesmente a de através da omissão do seu contributo impedir a respectiva realização na forma planeada (domínio negativo do facto).

Em larga medida, será esta compreensão deficiente da co-autoria, tal como ela está descrita na nossa lei penal interpretada à luz da teoria do domínio do facto<sup>670</sup>, que tem vindo a justificar o alargamento desmesurado das “fronteiras” dogmáticas desta forma particular de autoria e, conseqüentemente, a punição como co-autor de quem pratica *secundum legem* actos de mera cumplicidade.

Isto posto e se admitirmos que há *in casu* dolo, ainda que sob a forma mitigada de “dolo eventual”, do co-arguido AA quanto ao crime de homicídio qualificado praticado por BB, aquele só poderá ser considerado cúmplice *ex vi* art. 27.º, n.º 1, CP: presta auxílio material ao autor transportando-o até ao local do crime e cedendo-lhe a faca de lâmina articulada que adquirira, mas não domina positivamente o facto, desde logo por não “tomar parte directa na sua execução”. Todavia e baseando-se na argumentação que criticámos acima, o STJ confirma a decisão recorrida, nos seguintes termos:

“E que a intervenção do ora recorrente na prática dos factos foi fundamental, resulta dos seguintes factos provados:

- o reconhecimento prévio que efectuou aos locais na companhia (...) do arguido BB;
- a intervenção que teve na escolha e aluguer do veículo utilizado no assalto e na posterior entrega do mesmo;
- o facto de ter adquirido a faca destinada a ser utilizada pelo BB para intimidar e para eventualmente reagir a atitudes defensivas por parte do dono da ourivesaria.

Do exposto resulta uma intervenção fundamental do recorrente nos factos (*tinha o domínio funcional a que acima fizemos referência*) e agiu de

---

<sup>670</sup> Diz o Acórdão do STJ, de 15-4-2009, por referência ao Acórdão do STJ, de 28-10-1993: “É a teoria do domínio do facto que se apresenta como eixo fundamental de interpretação da teoria da participação e de análise do artigo 26.º do CP” (Ac. STJ de 15.04.2009, “Os Factos e o Direito”).



acordo com o plano previamente acordado entre todos os arguidos<sup>671</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

*Mutatis, mutandi* tudo o que dissemos antes vale, igualmente, relativamente ao crime de roubo qualificado, na forma tentada: não tendo participado directamente na respectiva execução, AA não possui o domínio funcional do facto não sendo, consequentemente, co-autor mas apenas cúmplice. Destarte, também não lhe poderia ser imputado em qualquer caso um eventual “excesso de execução” por parte de BB no âmbito do sobredito crime.

5.º Acórdão do STJ, de 18-6-2008 (Homicídio, na forma tentada)<sup>672</sup>

O “aliciamento” compreende as seguintes modalidades fundamentais: 1) “ajuste”, caso exista um prévio consenso entre o “homem-de trás” e o executor a respeito da relação sinalagmática cujo conteúdo integra a realização de uma determinada prestação, de coisa ou de facto, a cargo do agente mediato tendo como contrapartida a prática de um concreto ilícito típico planeado e liderado pelo homem da retaguarda mas executado pelo autor imediato; “promessa”, havendo uma declaração unilateral de o “homem-de-trás” em virtude da qual este se obriga à realização de uma determinada prestação a favor de o “homem-da-frente” caso este pratique um determinado ilícito típico, vindo o segundo a executá-lo ainda antes do primeiro ter conhecimento da aceitação da proposta; “dádiva”, se o agente mediato se antecipa na realização da prestação na convicção que o aliciado executará o crime, vindo este, efectivamente, a cometê-lo<sup>673</sup>.

*In casu* verifica-se um aliciamento, na forma de ajuste: AA convenceu BB, seu amigo e que estava numa situação financeira difícil, a tirar a vida à sua madrasta, em contrapartida de metade dos cinquenta mil euros guardados num cofre existente na casa da vítima e de diversas peças em ouro que se encontravam no interior da referida casa, dinheiro e bens estes de que o executor se apropriaria na altura do assassinato. Combinaram ainda entre si que BB usaria um punhal “para não alertar a vizinhança” e luvas que lhe foram cedidas pelo próprio AA, tendo este

---

<sup>671</sup> Acórdão do STJ, de 15-4-2009, “Os Factos e o Direito”.

<sup>672</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 18 de Junho de 2008 (Proc. n.º 08P1971), relatado por Armindo Monteiro (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 10-7-2012).

<sup>673</sup> Sobre esta classificação, *vide* VALDÁGUA, Maria Conceição. “Figura central, aliciamento e autoria mediata”. cit., pp. 935 e s.

último assegurado ao amigo “que o viria buscar logo que ele lhe comunicasse por telefone a dizer que tinha executado o aludido plano” (n.º 34 da matéria de facto). Todavia e após ter desferido diversos golpes contra a ofendida, ao vê-la “esvaír-se em sangue, pedindo-lhe que não a matasse, pois tinha filhos menores, o arguido BB foi sensível aos seus apelos e decidiu não prosseguir com as agressões à mesma” (n.º 44 da matéria de facto). Acto contínuo e tendo questionado a vítima sobre a localização do cofre, peças em ouro e dinheiro, apropriou-se desse valores e fugiu daquele local, enquanto aquela, sozinha, “se esvaía em sangue devido às feridas provocadas pelos referidos golpes” (n.º 55 da matéria de facto). Deu-se ainda como provado (os “*itálicos*” são nossos):

“Caso a assistente (vítima) não tivesse de imediato recebido assistência médica (...) a mesma teria falecido em consequência das lesões provocadas pela sobredita conduta do arguido BB” (n.º 73 da matéria de facto);

“O arguido AA, através da sua conduta, atrás descrita, agiu com o propósito, concretizado, de *determinar* o referido BB a tirar a vida à assistente, o que só não veio a suceder por razões alheias à vontade daquele AA” (n.º 79 da matéria de facto);

“O arguido AA agiu, ainda, nas circunstâncias atrás descritas, com o propósito, concretizado, de *determinar* o arguido BB a retirar do interior daquela casa de habitação, pela forma supra mencionada, o dinheiro, cofre e demais objectos de valor que ali se encontrassem” (n.º 80 da matéria de facto);

“Se a supra referida conduta do arguido AA não se tivesse verificado *nunca* aquele BB teria praticado os factos atrás descritos” (n.º 81 da matéria de facto).

AA e BB foram condenados em 1.ª instância como co-autores, em concurso efectivo de infracções, de um crime de homicídio qualificado, na forma tentada, e de um crime de roubo qualificado, decisão esta que a Relação confirmou negando provimento ao recurso interposto por AA. Também o STJ vem a subscrever a concreta apreciação judiciária feita pelo tribunal *a quo*, designadamente no que respeita à qualificação jurídico-penal da intervenção daquele AA nos factos. Assim, diz-se no presente aresto:

“O arguido recorrente surge no processo executivo como *co-autor moral, mediato*, nos termos do art. 26.º, do CP, como *instigador*, nessa medida fazendo actuar por si ‘*um intermediário*’, na forma de ‘*instrumento*

*humano*’, servindo-se de ‘mãos alheias’, compreendendo correctamente a situação do facto, *tendo ‘nas mãos’ o acontecimento total*, por força da sua vontade dirigida planificadamente (...). No projecto criminoso delineado, em que o AA começa por surgir como *autor moral*, sendo *co-autor* com o BB que adere ao plano e o executa materialmente, com o qual acorda em vista da consecução de um resultado final, *por ambos querido e desejado*, aquele torna-se *senhor do facto*, que *domina* globalmente, tanto pela *positiva*, assumindo um poder de direcção, preponderante *na execução conjunta do facto*, como pela *negativa*, podendo impedi-lo, sem que se torne necessária, para a comparticipação estabelecida, a prática de todos os factos que integram o ‘iter criminis’<sup>674</sup>” (os “itálicos” são nossos).

Aparentemente e pese embora a exposição assaz confusa dos fundamentos da decisão, reconduz-se a realidade *sub judicio* a uma co-autoria que confere tanto a AA (autor moral) como a BB (executor) o pleno domínio do facto: “essencial à co-autoria, nos termos do art. 26.º, do CP, (...) é um acordo respeitante à execução do plano, que tanto pode ser de extrema simplicidade, como altamente complexo, abrangendo sempre uma divisão de trabalho, uma repartição de tarefas entre co-autores, que se atribuem e aceitam prestar destinadas ao plano comum<sup>675</sup>”. Porém e de acordo com a interpretação “causal” que fazemos da 4.ª alternativa, art. 26.º, CP, AA será antes instigador (que é, também, “autor”) dos factos praticados em autoria imediata por BB, uma vez que aquele co-arguido se constitui em *causa necessária* (cfr. n.º 81 da matéria de facto) da acção típica executada por BB. Aliás, o próprio acórdão em análise parece sustentar a existência de uma figura jusprenal “híbrida” – que é “autoria moral, mediata ou intelectual” sem deixar de ser “co-autoria” (figura esta que nos faz recordar a actualíssima “co-autoria mediata” sustentada pelo TPI e que criticámos já), partindo, porém, da posição doutrinária assumida por Eduardo Correia quando nega autonomia ao conceito de instigação dentro do domínio alargado da autoria moral: “É irrelevante, acentua o Prof. Eduardo Correia, o processo através do qual o autor mediato determina outrem à prática do ilícito, nos termos da parte final do art. 26.º, do CP, seja ele conselho, ameaça, violência, ordem, promessa, dádiva, etc.; o que importa é que o facto ilícito não tivesse sido

<sup>674</sup> Acórdão do STJ, de 18-6-2008, VIII.

<sup>675</sup> Acórdão do STJ, de 18-6-2008, VIII.

cometido sem aquela determinação, *só então se podendo considerar que causou a realização do facto (...) <sup>676</sup>*” (o “*italico*” é nosso).

Em suma: confundindo conceitos próprios de correntes doutrinárias opostas – confusão esta que é (como afirmámos atrás<sup>677</sup>) “potencializada” pelo teor literal ambíguo do artigo 26.º, CP -, o tribunal *ad quem* acaba por optar pela figura juspenal de a co-autoria, certamente em virtude da relevância dogmático-prática que atribui ao acordo firmado entre os co-arguidos.

#### 6.º Acórdão do STJ, de 10-1-2008 (Roubo)<sup>678</sup>

O tribunal de 1.ª instância (tribunal colectivo) condena BB como co-autor de um crime de roubo agravado. Todavia, BB contesta essa decisão, alegando no recurso interposto para o STJ que “poderia quando muito ter sido condenado por cumplicidade, por se ter provado ter prestado auxílio material... (conclusão 33.º)<sup>679</sup>”. Também o MP junto daquele tribunal de recurso sustenta a mesma opinião.

Sumariamente: os arguidos BB e CC acordaram entre si apropriar-se de dinheiro a transportar em veículo da empresa de segurança “Prosegur” (n.º 11 da matéria de facto), tendo na execução desse plano comum CC subtraído, sob ameaça de uma pistola, a um funcionário da referida empresa “um saco de plástico grosso, amarelo, (...) no qual se continha dinheiro no valor de 35.983 Euros, e ainda dois cheques (...), perfazendo estes entre 3.500 e 4.000 Euros” (ns.º 2 e 3 da matéria de facto). Após se ter posto em fuga num veículo BMW conduzido pelo arguido AA [que veio a ser absolvido, “por a improvisação aparentemente subjacente à sua intervenção não parecer coadunar-se com a elaboração dum plano de fuga seguro<sup>680</sup>” (*sic*)], CC encontrou-se com BB, que o aguardava dentro de outro automóvel “a poucos centenas de metros” do local em que o primeiro veículo foi abandonado, fugindo ambos para o Carvoeiro, onde BB e CC dividiram o dinheiro

<sup>676</sup> Acórdão do STJ, de 18-6-2008, VIII.

<sup>677</sup> *Vide* Parte Segunda, capítulo III, par. III.3 da nossa investigação.

<sup>678</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5.ª Secção, de 10 de Janeiro de 2008 (Proc. n.º 07P4277), relatado por Simas Santos (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 9-7-2012).

<sup>679</sup> Acórdão do STJ, de 10-1-2008, par. 2.2.2.

<sup>680</sup> Acórdão do STJ, de 10-1-2008, par. 2.3., transcrição de “C – Escolha da pena/elementos a ponderar”, n.º 1-a da decisão recorrida.

roubado entre si (ns.º 5 a 10 da matéria de facto). Mais se prova que “os arguidos CC e BB actuaram de forma concertada, *mediante plano cuidadosa e previamente delineado por ambos*, em comunhão de esforços e intentos<sup>681</sup>” (n.º 11 da matéria de facto).

O tribunal *ad quem* acaba por considerar improcedente a pretensão do recorrente, na medida em que há co-autoria (como o STJ tem reiteradamente afirmado) “quando cada participante *quer o resultado como próprio* com base numa decisão conjunta e com forças conjugadas, bastando um acordo tácito assente na existência da consciência e vontade de colaboração, aferidas aquelas à luz das regras de experiência comum<sup>682</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

Trata-se - como facilmente se pode verificar – de mais um exemplo da compreensão de co-autoria dominante no STJ, compreensão esta que conforme afirmámos atrás privilegia a vertente subjectiva, sendo, todavia, certo à luz da matéria de facto provada que o co-arguido BB, não tomando parte na execução do facto, também o não domina: quando este agente intervém o crime de roubo está consumado, tendo o dinheiro saído já da esfera de domínio da vítima e passado a estar sob o poder efectivo de CC (cfr., especialmente, n.º 8 da matéria de facto)<sup>683</sup>. Portanto e nestas circunstâncias fácticas, o acordo prévio dado por BB ao seu comparsa poderá significar ou um “auxílio moral” à perpetração do delito por parte de CC (cumplicidade) ou, porventura, uma “determinação” à prática do mesmo. Nesta última hipótese e em conformidade com a interpretação que sustentamos da instigação como autoria (art. 26.º, 4.ª alternativa, CP), BB assumir-se-á como *causa necessária* (instigador) do crime de roubo cometido por CC, mas nunca como co-autor.

#### 7.º Acórdão do STJ, de 10-10-2007 (Tráfico de estupefacientes)<sup>684</sup>

Apesar de o STJ não ignorar na definição que nos dá de co-autoria a dimensão objectiva inerente a esta figura jurídico-penal, a verdade é que não se

---

<sup>681</sup> O “*itálico*” é nosso.

<sup>682</sup> Acórdão do STJ, de 10-1-2008, par. 2.2.2.

<sup>683</sup> Sobre consumação da “subtracção”, vide COSTA, José de Faria. “Artigo 203.º - Furto” (anotação), em DIAS, Jorge Figueiredo (org.). *Comentário coimbricense do Código Penal – Parte Especial (Tomo II)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 48 e ss.

<sup>684</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 10 de Outubro de 2007 (Proc. n.º 07P2684), relatado por Oliveira Mendes (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 16-7-2012).

revela suficientemente preciso na determinação do sentido e alcance que devemos conferir a essa dimensão: “Daqui que deva ser considerado co-autor aquele que realiza uma parte da execução do plano criminoso, *ainda que com a sua conduta apenas contribua com um acto não típico em sentido literal, no entanto, essencial para a realização da decisão comum*<sup>685</sup>” (o “*itálico*” é nosso). Fica-se mais próximo de um entendimento do co-autor como *auxiliator causam dans* do que da sua compreensão como contitular de o domínio do facto.

Em consequência e quase necessariamente, verifica-se a tendência para atribuir um significado e peso maiores ao ponto de vista subjectivo que se expressa no acordo firmado entre os vários intervenientes no facto punível. Tanto assim que não se exclui do âmbito da co-autoria aquele que *ex vi* art. 26.º, 4.ª alternativa, CP, se limita à prática de actos preparatórios: “o co-autor executa o facto, toma parte directa na sua realização, por acordo ou juntamente com outro ou outros, *ou determina outrem à prática do mesmo, suposta, obviamente, a ocorrência de execução ou início de execução*<sup>686</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

Vejamos, agora, como o tribunal *ad quem* aplica este instrumentário conceptual aos factos *sub judice* que importam à dilucidação da questão posta pelo recorrente CC a respeito da qualificação jurídico-penal da sua participação num crime de tráfico de estupefacientes. Assim, “o arguido DD (...) viajou para Caracas, a partir da cidade do Porto, (...) com o propósito de aí adquirir cocaína e trazê-la para Portugal para posterior venda”, tendo tal actuação resultado “da reunião (...) efectivada no dia 26 de Dezembro de 2005, em hora não apurada, mas durante a noite, na residência do arguido DD (...), e na qual intervieram os arguidos DD, CC, AA e BB, bem como EE (...)”. Previamente a esta reunião e atendendo às instruções dadas pelos arguidos AA e BB, de nacionalidade colombiana, CC tinha escolhido dois indivíduos – o arguido DD e EE – que acederam à proposta que lhes foi feita de se deslocarem à Venezuela e trazerem cocaína, “actuando assim como ‘correios de droga’. (...) Foi o arguido CC quem diligenciou pela renovação dos passaportes do arguido DD e de EE, tendo ainda procedido à aquisição, em nome dos mesmos, de dois bilhetes de avião para a cidade de Caracas, na Venezuela”. Na

<sup>685</sup> Acórdão do STJ, de 10-10-2007, “Qualificação jurídica da participação do arguido CC nos factos”.

<sup>686</sup> Acórdão do STJ, de 10-10-2007, “Qualificação jurídica da participação do arguido CC nos factos”.

reunião acima referida, “procedeu-se à ultimação dos pormenores finais, aproveitando os arguidos de nacionalidade colombiana, AA e BB, *para estipular com os ‘correios de droga’ a contrapartida da sua actuação, que seria de € 5.000,00 para cada um.* (...) No dia 31 de Dezembro de 2005, data em que o arguido DD efectivamente embarcou, apenas o arguido CC o acompanhou ao aeroporto. Por razões não concretamente apuradas, o EE não embarcou no dia e hora designados, tendo o arguido DD ido sozinho. Na Venezuela, o arguido DD foi recebido por dois indivíduos, cuja identidade se desconhece”, tendo um deles adquirido “roupa adequada ao arguido para o transporte da droga” e entregue a cocaína dissimulada em “cinco embalagens escondidas sob o vestuário (...)”. Tendo o voo feito escala em Lisboa, DD foi aí fiscalizado por uma funcionária e a droga apreendida. O arguido CC, e também os arguidos AA e BB, deslocaram-se para o aeroporto Sá Carneiro, no Porto, “para esperar o arguido DD que, caso não tivesse sido interceptado em Lisboa”, deveria desembarcar nesse local. De acordo com o plano traçado, caberia ao arguido CC receber a droga de DD e entregar depois “o produto aos arguidos colombianos<sup>687</sup>”.

O STJ não hesita em qualificar CC – a par dos restantes arguidos AA, BB e DD - como co-autor de um crime de tráfico de estupefacientes, afirmando: “Ora, tais factos evidenciam, de forma clara, que o arguido CC, não só se concertou previamente com os co-arguidos AA e BB tendo em vista a *importação* de cocaína, mas também que tomou parte directa na execução do plano por aqueles co-arguidos gizado, tendo participado na realização do crime, através da prática de vários factos, sem os quais não seria possível consumir aquele<sup>688</sup>”. Acontece, porém, que AA, BB e CC intervêm apenas na fase preparatória do crime de tráfico de estupefacientes cometido em autoria imediata por DD, sendo os dois primeiros manifestamente instigadores (“ajustam” com DD a prática do delito) e o terceiro, porventura, somente cúmplice: sob as instruções dos arguidos colombianos, presta “auxílio material” (*recrutando* os “correios de droga”, *conduzindo* DD ao aeroporto, etc.) à prática do crime.

---

<sup>687</sup> O texto corresponde a uma súmula da matéria de facto provada, tal como esta foi transcrita no acórdão da Relação. O “*itálico*” é de nossa responsabilidade.

<sup>688</sup> Acórdão do STJ, de 10-10-2007, “Qualificação jurídica...” (*in fine*).

8.º Acórdão do STJ, de 15-2-2007 (Tráfico de estupefacientes)<sup>689</sup>

A questão de direito que interessa à nossa investigação resume-se a saber se no caso concreto *sub judice* os dois arguidos (irmãos entre si) agiram ou não em co-autoria. Certo é que ambos se dedicaram durante largo tempo à venda de estupefacientes, mais concretamente doses individuais de haxixe vulgarmente conhecidas por “sabonetes”. Actuavam, todavia, em separado, tanto assim que o Ministério Público, na acusação que deduziu contra eles, lhes atribuiu a prática **em autoria material** de um crime de tráfico de estupefacientes (o “negrito” é nosso).

Dos factos provados resulta, porém, que “em ocasião aproximada e anterior a 13 de Fevereiro de 2003, os arguidos, que são irmãos, formularam o propósito de ceder haxixe a consumidores de droga que lha solicitassem, aceitando e exigindo em troca o pagamento das doses individuais por si entregues<sup>690</sup>”. Facticidade esta que tendo levado o tribunal *a quo* a condená-los como co-autores foi contestada pelos arguidos nos recursos interpostos, primeiro para a Relação de Lisboa, depois para o Supremo. Diz-se no acórdão em análise: “O que vinha motivando os arguidos a sustentar não terem actuado ‘juntamente’ seria, sobretudo, a ideia de que a conduta do co-arguido **BB**, vista isoladamente, não passaria de um crime de *tráfico menor*<sup>691</sup>”. Ou seja: inexistindo co-autoria, cada arguido deve responder somente pela sua conduta, não sendo imputáveis a nenhum deles os factos praticados pelo outro.

A resposta que o tribunal *ad quem* dá a esta questão é tudo menos clara. Assim, o STJ contra-argumenta que “em suma, (...) o arguido responderá – **como autor ou co-autor** – não só pelos factos executados por ele próprio ou juntamente com o irmão *como também pelos que executou por intermédio deste e, ainda, pelos que este levou a cabo, por ele determinado, na execução de um acordo e objectivo comuns*<sup>692</sup>” (o “*itálico*” é nosso). Se compreendemos bem, o nosso “tribunal de revista” decide-se, a final, pela subsunção na co-autoria *lato sensu*, não apenas da co-autoria propriamente dita, como, também, da autoria mediata e até da instigação,

<sup>689</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 15 de Fevereiro de 2007 (Proc. n.º 06P4339), relatado por Carmona da Mota (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 6-7-2012).

<sup>690</sup> Acórdão do STJ, de 15-2-2007, par. 1. (“Os factos”).

<sup>691</sup> Acórdão do STJ, de 15-2-2007, par. 8. (“Co-autoria ou autoria mediata”).

<sup>692</sup> Acórdão do STJ, de 15-2-2007, par. 8. (*in fine*).



em virtude de todas estas modalidades de intervenção criminosa pressuporem um acordo prévio dos participantes. Ou seja: é-se autor (*rectior* co-autor) porque se acordou na prática de um ou mais crimes, e isto apesar do art. 26.º, CP, distinguir, claramente, aquelas três formas particulares de autoria?!

**9.º Acórdão do STJ, de 3-11-2005 (Roubo)<sup>693</sup>**

Os factos provados são sumariamente estes: três indivíduos, respectivamente, de 16, 20 e 21 anos de idade “decidiram de comum acordo e mediante prévio plano entre todos acertado, dedicar-se a cometer uns ilícitos contra o património dividindo entre si os valores e bens assim obtidos<sup>694</sup>”. Na execução desse plano, dois deles apropriaram-se de um veículo automóvel marca BMW, enquanto o terceiro, “no interior do seu veículo aguardava, nas proximidades, o resultado de tal acção, por todos combinada<sup>695</sup>”. De seguida e servindo-se do veículo furtado, dirigiram-se para a cidade de Braga, tendo resolvido assaltar aí quatro indivíduos que se encontravam na rua a conversar. Assim e permanecendo um deles a aguardar “junto ao local dentro do veículo, no posto de condução, em vigilância e pronto a arrancar, com o motor da viatura em funcionamento<sup>696</sup>”, os restantes dois saíram do carro, um empunhando uma “caçadeira (...) apontada aos ofendidos e em posição de disparo”, o outro ameaçando as vítimas e agredindo-as. Após se terem apropriado dos telemóveis e dinheiro pertencentes a três dos ofendidos e “quando se preparavam para retirar os objectos” à quarta vítima, “o arguido Bruno que mantinha apontada àquela, à distância de 1 a 2 metros, a arma caçadeira (...), repentinamente, disparou um tiro na direcção da cabeça da mesma, prostrando-a, de imediato, no chão, esvaindo-se em sangue<sup>697</sup>”. Esta última acabou por morrer em virtude das lesões provocadas pelo único disparo efectuado, tendo os três arguidos, já todos dentro do veículo onde um deles permanecera, arrancado rapidamente do local.

O tribunal *a quo* condena os arguidos pela prática, em co-autoria e concurso real de infracções, de um crime de furto e de três crimes de roubo, e ainda um deles

---

<sup>693</sup> *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Ano XIII (2005), Tomo III, pp. 193 e ss.

<sup>694</sup> *Colectânea...* cit., p. 194.

<sup>695</sup> *Colectânea...* cit., p. 194.

<sup>696</sup> *Colectânea...* cit., p. 194.

<sup>697</sup> *Colectânea...* cit., p. 195.

pela prática de um crime de roubo agravado pelo resultado morte. Deixando de lado este último delito, o STJ confirma as outras condenações, argumentando que “*todos contribuíram objectivamente para a realização dos elementos típicos dos crimes de furto e de roubo*, na medida em que as suas condutas, ainda que distribuídas por tarefas, antes combinadas ou tacitamente aceites, convergiram num mesmo objectivo de antijuridicidade, *visando obter o mesmo resultado ilícito*”<sup>698</sup> (os “*itálicos*” são nossos). Traduzindo: os arguidos são co-autores porque segundo o plano previamente acordado entre todos cada um é concausa (necessária) da acção típica, sendo nesse sentido objectivamente irrelevante que um deles – permanecendo no carro – não tenha tomado parte directa na execução. Portanto e uma vez mais, é à vertente subjectiva (acordo) que se atribui um significado e peso decisivos na caracterização dogmático-legal da co-autoria.

#### 10.º Acórdão do STJ, de 12-7-2005 (Homicídio)<sup>699</sup>

Reiterando jurisprudência constante do nosso “tribunal de revista”, diz-se no presente aresto:

“Verifica-se a co-autoria quando cada participante *quer o resultado como próprio* com base numa *decisão conjunta e com forças conjugadas*, bastando um acordo tácito assente na existência da consciência e vontade de colaboração, aferidas aquelas à luz das regras de experiência comum”<sup>700</sup> (os “*itálicos*” são nossos).

Em termos sintéticos, está em causa a seguinte facticidade: após um encontro entre o arguido e as vítimas (três homens) e tendo aquele, “por motivos não concretamente apurados”, marcado um novo encontro com elas para o dia seguinte (ns.º 1 e 2 da matéria de facto), estas foram nessa altura conduzidas “por indivíduo cuja identidade não foi possível apurar”, que seguia num motociclo à frente do veículo automóvel onde se faziam transportar e que era dirigido por uma delas, até um lugar ermo (ns.º 3 e 4 da matéria de facto). Aí chegadas, o arguido e outro indivíduo, “cuja identificação não foi possível apurar”, dispararam vários

<sup>698</sup> *Colectânea.... cit.*, p. 197.

<sup>699</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5.ª Secção, de 12 de Julho de 2005 (Proc. n.º 05P2315), relatado por Simas Santos (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 3-7-2012).

<sup>700</sup> Acórdão do STJ, de 12-7-2005, par. 2.7.

tiros sobre as vítimas e o veículo automóvel onde se encontravam, vindo uma delas a morrer em virtude das lesões causadas pelo “primeiro disparo efectuado pelo arguido” (ns.º 5 e 6 da matéria de facto). As outras duas vítimas conseguiram fugir, tendo, todavia, sofrido ferimentos graves provocados pelos disparos efectuados pelos agressores (ns.º 7 a 9 da matéria de facto). Mais se provou que “o arguido agiu livre e conscientemente (...) e em conjugação de esforços com, pelo menos, aqueles dois indivíduos suprarreferidos e cujas identidades não foi possível apurar, com intenção de tirar a vida” às vítimas e “irmanado, com os co-arguidos, em espírito e vontade colectiva, emboscando-se, de modo a apanhá-las de surpresa” (ns.º 10 a 12 da matéria de facto).

Tanto o tribunal colectivo (1.ª instância) como a Relação (2.ª instância) decidiram condenar o arguido pela prática, em co-autoria material, de um crime de homicídio qualificado e dois crimes de homicídio qualificado, sob a forma tentada. No recurso que interpõe para o STJ, aquele arguido alega *i. a.* que a prova produzida em audiência não permitiu ao tribunal *a quo* apurar quem, em concreto, efectuou o disparo que produziu a morte, assim como quem efectuou os disparos que feriram gravemente as duas outras vítimas.

Na resposta que dá a estas alegações, o tribunal *ad quem* parece atribuir atribuir uma relevância decisiva à “vontade comum e colectiva” dos co-arguidos de tirar a vida às vítimas, tanto assim que conclui que “o recorrente agiu em co-autoria com, pelo menos, *mais dois outros indivíduos*<sup>701</sup>” (o “*itálico*” é nosso), apesar de resultar, claramente, dos factos provados que só dois indivíduos estavam armados e dispararam contra terceiros (n.º 5 da matéria de facto), limitando-se o outro comparsa a conduzir as vítimas até o local do crime (ns.º 3 e 4 da matéria de facto). Ou seja: tendo apenas dois agentes – um deles, o arguido - tomado parte directa na execução, não obstante todos eles terem previamente acordado matar os ofendidos, o STJ qualifica como co-autores, não somente aqueles que dispararam contra as vítimas, mas, também, o terceiro que aderiu ao plano criminoso não tendo, todavia, participado na execução<sup>702</sup>.

---

<sup>701</sup> Acórdão do STJ, de 12-7-2005, par. 2.7.

<sup>702</sup> Em todo o caso e não obstante a conclusão referida em texto apontando para a co-autoria dos três participantes, a verdade é que, noutro processo anterior e por acórdão transitado em julgado, foram condenados, respectivamente, como cúmplice e co-autor de um crime de homicídio qualificado e dois crimes de homicídio qualificado, na forma tentada, os dois outros indivíduos (aqui dados como não identificados) que intervieram nos factos apreciados nos autos em análise (Acórdão do STJ, de 12-7-2005, par. 2.6).

11.º Acórdão do STJ, de 21-10-2004 (Tráfico de estupefacientes)<sup>703</sup>

Trata-se de mais um caso de tráfico de estupefacientes, apresentando, todavia, a particularidade de um dos arguidos actuar a partir da cadeia onde se encontra a cumprir pena de prisão. Assim, “desde pelo menos Janeiro de 2003, o arguido FAB possuía na sua cela (...) um telemóvel”, através do qual montou uma operação de transporte de heroína a partir de Coimbra com destino à cidade do Porto. Neste sentido, conseguiu aliciar, no exterior (fora da cadeia), as arguidas HAST e PGPF, tendo as duas - na expectativa de partilharem com o presidiário os lucros provenientes da venda da sobredita droga – anuído, respectivamente, a transportá-la e recebê-la. No estrito cumprimento das instruções recebidas e fazendo-se acompanhar da arguida EMTS (que apesar de desconfiar da verdadeira natureza da “viagem” decidiu ir junto), HAST estacionou o seu automóvel, “com os quatro piscas ligados”, perto do estabelecimento prisional de Coimbra, sendo que passado algum tempo dois indivíduos, “cuja identidade se desconhece”, atiraram para o interior desse veículo um pacote com a droga. Já no Porto HAST, que levava dentro da sua carteira o referido pacote, contactou, por telemóvel, PGPF, tendo as duas acordado encontrarem-se num café, onde foram interceptadas (mais a acompanhante) por elementos da Polícia Judiciária, mas antes de se ter efectuada a entrega da heroína<sup>704</sup>.

O tribunal *a quo* condenou os arguidos FAB e HAST como co-autores de um crime de tráfico de estupefacientes. Em sede de recurso e limitando-se FAB a questionar a dosimetria da pena aplicada (7 anos de prisão), HAST coloca, também, em crise a qualificação jurídico-penal da sua intervenção nos factos alegando que deve ser considerada cúmplice, não co-autora. Respondendo a esta questão, o STJ reitera que em seu entender é co-autor quem “*quer o resultado como próprio com base numa decisão conjunta e com forças conjugadas*”, bastando um acordo tácito assente na existência da consciência e vontade de colaboração, aferidas aquelas à

<sup>703</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5.ª Secção, de 21 de Outubro de 2004 (Proc. n.º 04P3205), relatado por Simas Santos (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 13-7-2012).

<sup>704</sup> Todos estes acontecimentos constam do n.º 1 da matéria de facto provada (*vide* Acórdão do STJ, de 21-10-2004, par. 3.2.).

luz das regras de experiência comum<sup>705</sup>” (o “*itálico*” é nosso). Se relativamente à co-arguida que se encarrega do transporte da droga não há dúvida que ela pratica actos de execução que se integram em várias das modalidades de acção legalmente previstas e punidas (“recebeu, transportou, deteve ilegalmente e ia entregar a heroína<sup>706</sup>”), já no que respeita ao co-arguido preso será, também, evidente que não toma parte directa nessa execução. Ou seja: se a primeira tem o domínio do facto, o segundo não o possui, na medida em que à luz do nosso art. 26.º, CP, - e ao contrário do que parece sugerir o conceito jurisdicional de co-autoria acima enunciado -, só o acordo evidenciando (expressa ou tacitamente) a vontade de assumir como próprio o resultado mentalmente antecipado (dolo comum) não basta para fundar esta forma particular de autoria. Portanto e em verdadeiro rigor, HAST é autor imediato de um crime de tráfico de estupefacientes (detém o “domínio da acção”), FAB instigador (*causa necessária*) desse mesmo delito.

**12º Acórdão do STJ, de 24-10-2002 (Tráfico de estupefacientes)<sup>707</sup>**

De acordo com a factualidade dada como provada, parece-nos, pelo menos, duvidoso afirmar que os acusados praticaram, em co-autoria, um crime de tráfico de droga. Efectivamente e tendo por base os depoimentos prestados em audiência de julgamento pelos agentes da P.S.P, que procederam à detenção dos dois arguidos, ambos “em conjugação de esforços e vontade procediam à venda de produto estupefaciente aos consumidores de produtos tóxicos que os procuravam para esse efeito” (n.º 1 da matéria de facto), sendo que, na execução dessa actividade conjunta, um deles “vigia e controlava uma fila de consumidores” (n.º 2 da matéria de facto) entregando o outro “aos dependentes (...) pequenas embalagens” e recebendo “o dinheiro correspondente à quantidade vendida” (n.º 3 da matéria de facto), mas, noutras ocasiões, *era aquele que vigia a receber o dinheiro respeitante às entregas efectuadas pelo comparsa* (n.º 4 da matéria de facto, sendo o “*itálico*” de nossa responsabilidade). Após tais vendas, “os arguidos entregavam o dinheiro recebido a um indivíduo de raça negra, que não foi possível identificar” (n.º 5 da matéria de facto). Por outro lado e no que respeita ao

<sup>705</sup> Acórdão do STJ, de 21-10-2004, par. 3.3.1.

<sup>706</sup> Acórdão do STJ, de 21-10-2004, par. 3.3.1. (*in fine*).

<sup>707</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5.ª Secção, de 24 de Outubro de 2002 (Proc. n.º 02P3211), relatado por Simas Santos (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 22-5-2012).

“vigilante” (recorrente), a Relação servindo-se das regras da experiência comum esclarece:

“E nem se diga que estava ali para comprar ‘ajudando’ para apressar a obtenção do estupefaciente para seu consumo: essa urgência na obtenção do seu consumo não se conjuga com o facto de ter ficado durante dez minutos a organizar a fila, proporcionando a compra a outros antes de si, *e a receber dinheiro (que, se fosse comprar, entregaria e não receberia)* sendo das regras da experiência que colhemos na prática dos Tribunais que o toxicodependente em carência que vai comprar droga para consumir a locais de grande afluência de outros consumidores, adquire de facto, o mais rapidamente possível, e, até por segurança, se afasta para o primeiro local onde o possa fazer, consumindo de imediato<sup>708</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

Todavia, *vigiar e/ou receber o dinheiro proveniente da venda da droga* são modalidades de acção que não se inscrevem no amplo arco de condutas típicas que o artigo 21.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 15/93, prevê<sup>709</sup>. Aliás, o segundo daqueles comportamentos seria antes subsumível no artigo 23.º, n.º 1, al. c), do referido Decreto-Lei<sup>710</sup>, caso não existisse *in casu* um outro indivíduo não identificado que recebia, em definitivo, o produto do tráfico. Donde devermos concluir que o dito “vigilante” será, preferentemente, cúmplice, não co-autor.

Convém ainda registar a seguinte asserção subscrita pelo STJ que corresponde, aliás, a jurisprudência, reiteradamente, produzida neste órgão judiciário: “Verifica-se a co-autoria *quando cada participante quer o resultado como próprio com base numa decisão conjunta e com forças conjugadas*, bastando um acordo tácito assente na existência da consciência e vontade de colaboração, aferidas aquelas à luz das regras da experiência comum...<sup>711</sup>” (o “*itálico*” é nosso). Diríamos que esta caracterização da co-autoria se aproxima da sufragada pelas

<sup>708</sup> Acórdão do STJ, de 24-10-2002, IV, par. 4.3.3.

<sup>709</sup> Vide nota de rodapé n.º 25.

<sup>710</sup> Estatui o art. 23.º, ns.º 1, al. c) e 2, do Dec-Lei n.º 15/93: “**1.** Quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, de infracção prevista nos artigos 21.º, 22.º, 24.º e 25.º os adquirir ou receber a qualquer título, utilizar, deter ou conservar é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. **2.** A punição pelos crimes previstos no número anterior não excederá a aplicável às correspondentes infracções dos artigos 21.º, 22.º, 24.º e 25.º”.

<sup>711</sup> Acórdão do STJ, de 24-10-2002, IV, par. 4.3.3. (*in fine*).

“teorias subjectivas do dolo”<sup>712</sup>, em conformidade com as quais será autor quem quer o facto como próprio, cúmplice quem o quer como alheio.

**13.º Acórdão do STJ, de 16-10-2002 (Roubo)**<sup>713</sup>

Tendo em vista a qualificação jurídico-penal da intervenção dos arguidos nos crimes *sub judice*, assume particular relevância a seguinte factualidade dada como provada (os “*itálicos*” são nossos):

Após terem acordado “apropriar-se de dinheiro e bens existentes no estabelecimento comercial supermercado (...), propriedade de CC, *bem como apropriar-se de bens pertencentes a quaisquer pessoas que lá se encontrassem*, tendo para isso traçado um plano, segundo o qual usariam de ameaça e da violência necessária para o efeito” (n.º 1 da matéria de facto), os arguidos AA e BB “colocaram meias escuras na cabeça – tapando, inclusivamente, a face -, e introduziram-se no interior do estabelecimento, *empunhando, cada um, uma faca*” (n.º 5 da matéria de facto). Assim, “o arguido BB dirigiu-se à proprietária do estabelecimento, CC, empunhando a referida faca” (n.º 7 da matéria de facto), que, “receando pela sua integridade física, (...) atirou-se por uma janela (aberta), caindo no passeio e fracturando, deste modo, um braço” (n.º 8 da matéria de facto). Paralelamente, o arguido AA, empunhando a outra faca, dirigiu-se a FF exigindo-lhe dinheiro, tendo esta cliente desatado a correr pelo meio das estantes e acabado por atirar a sua carteira para baixo de uma delas (respectivamente, ns.º 9 e 10 da matéria de facto). “Nisto, foi perseguida pelo arguido AA, que acabou por empurrá-la, fazendo-a cair ao solo” (n.º 11 da matéria de facto). De seguida e “*não tendo encontrado a carteira por debaixo das estantes*, o arguido AA dirigiu-se à caixa registadora a fim de se apropriar de dinheiro” (n.º 12 da matéria de facto). Porque um “outro cliente do estabelecimento – GG – tentou impedi-lo de fazê-lo” (n.º 13 da matéria de facto), o arguido AA “*agindo ainda com a concordância do co-arguido BB*, (...) desferiu-lhe um golpe com a faca no antebraço direito e empurrou-o, fazendo-o cair ao solo” (n.º 14 da matéria de facto). Por último, “os dois arguidos

<sup>712</sup> Vide, entre outros, GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. *La autoría en derecho penal*. cit., pp. 314 e ss.

<sup>713</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 16 de Outubro de 2002 (Proc. n.º 02P2538), relatado por Flores Ribeiro (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 22-5-2012).

abriram a caixa registadora e retiraram da mesma uma importância em dinheiro” (n.º 15 da matéria de facto).

O STJ (confirmando em larga medida a decisão do tribunal *a quo*) condena os arguidos como co-autores, em concurso efectivo, dos crimes de roubo agravado, de roubo simples, na forma tentada, e de ofensa à integridade física simples, nas pessoas dos ofendidos CC, FF e GG, respectivamente. Ainda que nos pareça evidente o dolo comum (componente subjectiva), não temos já a mesma convicção no que respeita à intervenção conjunta na execução por parte de BB nos segundo e terceiro crimes. É que - fazendo nossas as palavras do STJ nos presentes autos – “o crime de roubo é de natureza complexa, pois pretende proteger bens jurídicos patrimoniais e bens jurídicos pessoais. (...) Estando, assim, em jogo também valores essencialmente pessoais, terá que haver tantos crimes, quantos os ofendidos”<sup>714</sup>. Ora e no que respeita às vítimas FF e GG, AA executou - de mão própria e por inteiro - os delitos respectivos, razão pela qual BB não deve ser considerado co-autor, mas apenas cúmplice desses crimes. Efectivamente e relativamente a este outro arguido, falta a dimensão objectiva própria da co-autoria (“tomar parte directa na execução”) e, consequentemente, o (co)domínio do facto; de contrário, ter-se-á de concluir que à co-autoria basta a componente subjectiva (dolo comum).

#### 14.º Acórdão do STJ, de 14-3-2002 (Burla)<sup>715</sup>

Entre os factos provados, apenas os seguintes interessam à nossa análise: dois dos arguidos, após terem adquirido de um terceiro arguido 600 notas falsas de 5.000\$00 cada, num total de 3.000.000\$00, “regressaram às respectivas residências e combinaram entre si celebrar alguns negócios com elas – designadamente a compra e venda de veículos automóveis – para assim poderem obter o maior lucro possível”<sup>716</sup>. Na execução do planeado, um deles – usando outro nome – adquiriu do proprietário de uma oficina de automóveis um “Volkswagen Passat”, que aí se encontrava, entregando ao referido proprietário 200 notas falsas de 5.000\$00, correspondentes a um preço final de 1.000.000\$00. No dia seguinte e ainda na

<sup>714</sup> Acórdão do STJ, de 16-10-2002.

<sup>715</sup> *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Ano X (2002), Tomo I, pp. 229 e ss.

<sup>716</sup> Acórdão do STJ, de 14-3-2002, par. 3.1.3., em *Colectânea...cit.*, p. 229.



sequência do acordado, o outro arguido dirigiu-se a um “stand”, tendo trocado nesse posto de venda o automóvel adquirido pelo comparsa por um “Ford Fiesta”, pertencente ao dono daquele “stand” e avaliado em 800.000\$00, e mais 150.000\$00 em dinheiro.

Tendo em consideração esta factualidade, o STJ condenou os arguidos “como co-autores materiais de dois crimes de burla qualificada (...) dos arts. 217.º e 218.º, n.º 1, do Cód. Penal, (...)”<sup>717</sup>, dando provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público que sustentava existir *in casu* um concurso real entre estes crimes e o de passagem de moeda falsa p. e p. no art. 265.º, n.º 1, al. a), CP<sup>718</sup>, diversamente do que decidira o tribunal colectivo que, afirmando haver uma “unidade de norma ou de lei”<sup>719</sup>, considerara verificar-se, única e exclusivamente, a prática em co-autoria de um crime de passagem de moeda falsa.

Assim, o tribunal *ad quem* acorda:

- tratando-se da aquisição do “Volkswagen Passat”, os arguidos são co-autores, em concurso efectivo de infracções, de dois crimes, um de burla qualificada, outro de passagem de moeda falsa;

- no caso do “Ford Fiesta”, não há crime de passagem de moeda falsa, mas, sim e tão somente, um crime de burla qualificada praticado em co-autoria pelos mesmos sujeitos.

De qualquer modo, importa constatar que cada um dos arguidos executou - de mão própria e na íntegra - as respectivas infracções (um deles a aquisição do “Volkswagen Passat” usando um outro nome e passando moeda falsa, o outro a troca de um automóvel adquirido com moeda falsa por um “Ford Fiesta”). É dizer: não se exige a execução conjunta para imputar os crimes aos dois agentes a título de co-autoria, bastando-se o STJ com a existência de uma decisão conjunta.

Todavia, se o tribunal *ad quem* tivesse observado o conteúdo preceptivo do preceito jusprenal aplicável à presente situação da vida – designadamente, no que respeita à vertente objectiva de a co-autoria: “tomar parte directa na sua execução” - a sentença na parte que nos interessa deveria ter sido a seguinte: condenar um dos arguidos como autor imediato, em concurso real, de um crime de passagem de

---

<sup>717</sup> Acórdão do STJ, de 14-3-2002, par. 3.5.2., em *Colectânea...cit.*, p. 234.

<sup>718</sup> Segundo o art. 265.º, n.º 1, al. a), CP, “Quem, por qualquer modo, incluindo a exposição à venda, passar ou puser em circulação como legítima ou intacta, moeda falsa ou falsificada, é punido com pena de prisão até cinco anos”.

<sup>719</sup> Vide, por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., pp. 992 e ss.

moeda falsa e de um outro de burla qualificada; e o segundo arguido, como autor imediato de um crime de burla qualificada<sup>720</sup>.

**15.º Acórdão do STJ, de 6-12-2001 (Homicídio)<sup>721</sup>**

Tendo por base a matéria de facto provada na 1.ª instância, dois arguidos acordam entre si a realização de diversos assaltos e a divisão dos respectivos ganhos, designadamente a postos de abastecimento de combustíveis. Assim e na concretização desse plano comum, um dos comparsas – que permanece no veículo automóvel que lhes serviu de meio de transporte – cede ao outro uma espingarda devidamente carregada, dirigindo-se este último até ao local do crime “empunhando a já referenciada espingarda ao nível da cinta, proferindo simultaneamente a frase ‘isto é um assalto’<sup>722</sup>”. Entretanto e “em circunstâncias que não foi possível apurar”, o assaltante começa a disparar contra os dois empregados da gasolineira e um cliente de passagem que aí se encontravam, vindo a matar aqueles empregados e a ferir gravemente a terceira pessoa. Após se ter apropriado de cerca de 75.000\$, retorna ao veículo onde o co-arguido o aguardava abandonando ambos a grande velocidade o lugar.

Sendo esta a factualidade apurada, o tribunal *a quo* veio a condenar os dois acusados, não apenas de co-autoria no crime de roubo agravado, mas, também, como co-autores de três crimes de homicídio, dois na forma consumada e um na forma tentada. A respeito destes outros crimes, entenderam os juízes e jurados que o co-arguido, que permanecera no carro, também participou a título principal nesses homicídios, na medida em que “representou como consequência possível da mencionada cedência e utilização da referenciada espingarda caçadeira (...) que o

<sup>720</sup> Tendo os dois arguidos comprado, em conjunto, moeda falsa, praticaram, também e em co-autoria, um crime de aquisição de moeda falsa (cfr. art. 266.º, CP). Todavia, a passagem de moeda ilegítima “consome” o prévio delito de aquisição de moeda falsa, razão pela qual não há condenação por este segundo crime. Em todo o caso, se a sentença fosse aquela que sugerimos em texto, o indivíduo que é autor unicamente do crime de burla, poderia ser, também, condenado, em concurso real, pelo delito de aquisição de moeda falsa.

<sup>721</sup> *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Ano IX (2001), Tomo III, pp. 227 e ss.

<sup>722</sup> Acórdão do STJ, de 6-12-2001, n.º 34 dos factos provados (*Colectânea...cit.*, p. 228).

arguido José Santos pudesse efectuar disparos com essa arma (...), conformando-se com essa actuação (...)”<sup>723</sup>.

O STJ – adoptando expressamente a doutrina de “o domínio do facto” – sustenta que, diversamente do co-autor que “tem o domínio funcional do facto, no sentido de *‘deter e exercer o domínio positivo do facto típico’* ou seja o domínio da sua função, do seu contributo, na realização do tipo, de tal forma que, numa perspectiva *ex ante*, a omissão do seu contributo impediria a realização do facto típico na forma planeada, (...) ao cúmplice falta o domínio do facto típico no sentido acima indicado como elemento indispensável da co-autoria”<sup>724</sup> (os “itálicos” são nossos evidenciando a confusão conceptual que o tribunal *ad quem* faz entre domínios positivo e negativo do facto). Entretanto e nas referências doutrinárias que o STJ convoca a título de fundamentação da sua decisão, encontramos afirmações como esta: “O simples acordo de vontades não basta. É ainda necessário que se contribua de algum modo para a realização do crime (*não necessariamente com actos executivos*), de tal sorte que essa contribuição possa considerar-se como um estágio importante do acontecimento delictivo na sua globalidade”<sup>725</sup> (o “itálico” é nosso).

Entendendo como o tribunal *a quo* que relativamente ao crime de roubo existe uma situação de co-autoria, não deixa, também, o STJ de imputar do mesmo modo que a 1.ª instância o resultado morte ao agente que permaneceu na viatura: isto é, a título de co-autoria por dolo eventual. Diz a este respeito: “O co-autor, *que não tem um papel na execução directa do crime autónomo*, mas sim um outro, numa execução que podemos denominar de paralela, *‘submete’ o seu dolo na realização do crime autónomo ao autor principal*, no sentido de que se este tem pleno domínio desse facto criminoso, que era uma consequência previsível e que se conforma com a mesma, *aquele também não deixa de partilhar esse domínio* (...)”<sup>726</sup> (os “itálicos” são nossos). Assim e a nosso ver, dificilmente poderá haver

---

<sup>723</sup> Acórdão do STJ, de 6-12-2001, n.º 46 dos factos provados (*Colectânea...cit.*, p. 229). Segundo o art. 14.º, n.º 3, CP, “Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização”. É o chamado “dolo eventual”.

<sup>724</sup> Acórdão do STJ, de 6-12-2001, em *Colectânea...cit.*, p. 229.

<sup>725</sup> Citado em português a partir de MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 4.ª edição. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, *apud* Acórdão do STJ, de 6-12-2001, em *Colectânea...cit.*, pp. 229 e s.

<sup>726</sup> Acórdão do STJ, de 6-12-2001, em *Colectânea...cit.*, p. 230.

uma declaração mais explícita a favor de uma compreensão da co-autoria que a reduz, praticamente, à sua dimensão subjectiva (dolo comum).

**16.º** Acórdão do STJ, de 9-5-2001 (Ofensa à integridade física agravada pelo resultado morte)<sup>727</sup>

Confirmando a decisão do tribunal *a quo*, o STJ considera dois dos três arguidos submetidos a julgamento co-autores de um crime de ofensa à integridade física grave e agravada pelo resultado morte<sup>728</sup>, sendo o terceiro cúmplice desse delito e, também, em concurso efectivo de infracções, autor material de um crime de ofensa à integridade física simples. É a seguinte a matéria de facto dada como provada: tendo os três arguidos saído de uma discoteca em perseguição doutras três pessoas (estando uma destas na posse de uma pistola), conseguiram dois deles desarmar a vítima enquanto o terceiro perseguidor mantinha à distância e sob ameaça doutra arma de fogo os companheiros daquela, pontapeando-os também. Entretanto e “quando já não existia qualquer razão para se defenderem de qualquer agressão, quer da vítima, quer dos companheiros desta (...), o arguido Fernando ordena ao arguido José para dar um tiro no cu do Manuel. E este último arguido, na sequência dessa frase, disparou o tiro fatal contra o Manuel<sup>729</sup>”.

No que respeita à qualificação jurídico-penal da intervenção dos arguidos nos factos, interessa-nos, sobretudo, evidenciar a fundamentação apresentada pelo STJ, particularmente quanto à co-autoria imputada aos agentes Fernando e José. Diz o tribunal *ad quem*: “Se dos factos não resulta que tenha havido um acordo

<sup>727</sup> *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Ano IX (2001), Tomo II, pp. 187 e ss.

<sup>728</sup> Estão em causa os seguintes artigos do CP (na versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março): Art.º 144.º (ofensa à integridade física grave) “Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a: a) Privá-lo de importante órgão ou membro, ou a desfigurá-lo grave e permanentemente; b) Tirar-lhe ou afectar-lhe, de maneira grave, a capacidade de trabalho, as capacidades intelectuais ou de procriação, ou a possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem; c) Provocar-lhe doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável; ou d) Provocar-lhe perigo para a vida; é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos”. Art.º 145.º (agravação pelo resultado) “1. Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa e vier a produzir-lhe a morte é punido: a) Com pena de prisão de 1 a 5 anos no caso do artigo 143.º; b) Com pena de prisão de 3 a 12 anos no caso do artigo 144.º. 2. Quem praticar as ofensas previstas no artigo 143.º e vier a produzir as ofensas previstas no artigo 144.º é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos”.

<sup>729</sup> Acórdão do STJ, de 9-5-2001, IV, 1 (*Colectânea...cit.*, p. 189).

*prévio* quanto ao tiro que veio a ser letal – já que a intenção inicial era apenas a de agredir -, nem que a execução do tiro, em sentido material, tenha sido feita pelos dois, o que não pode afastar-se, perante o descrito, é que houve uma *decisão conjunta*, em que o ora recorrente *acorda expressamente e incita, instiga o co-arguido a disparar sobre a vítima*, numa determinada conformação<sup>730</sup>. Concluindo: “Por esta forma, o recorrente assume e toma consciência do perigo típico que vai ser desencadeado através do disparo naquelas circunstâncias *e aceita causar o resultado como próprio com suporte nessa decisão conjunta*. Não pode, pois, proceder a sua pretensão de não ser classificado como co-autor (de preferência, aliás, a autor moral)<sup>731</sup>” (os “*itálicos*” são nossos).

Resulta, pois, evidente, não apenas – e uma vez mais – o acento subjectivista que o STJ empresta ao conceito de co-autoria, como a consequente diluição das respectivas “fronteiras” dogmáticas, permitindo, destarte, a inclusão nesta forma particular de autoria doutras modalidades de intervenção criminosa: *in casu*, a instigação praticada pelo Fernando sobre o José, único executor do crime que vitimou o Manuel.

Noutras ocasiões e não obstante o “acento tónico” incidir na vertente subjectiva, o STJ chega a uma decisão que nos parece acertada quanto à qualificação jurídico-penal da concreta intervenção do agente no facto punível. É o que se verifica nos acórdãos seguintes:

1.º Acórdão do STJ, de 7-5-2009 (Roubo)<sup>732</sup>

De entre os diversos crimes praticados pelo recorrente R, só um interessa à nossa análise sobre autoria correspondendo-lhe a seguinte factualidade dada como provada:

Após terem assaltado uma agência bancária e quando os assaltantes se encontravam junto a um café, “chegou ao local uma viatura da GNR” transportando dois elementos, “ambos devidamente fardados” (n.º 14 da matéria de facto). Estando já os militares da GNR fora da respectiva viatura, “o arguido L. pegou na

<sup>730</sup> Acórdão do STJ, de 9-5-2001, IV, 2.2 (*Colectânea...cit.*, p. 190).

<sup>731</sup> Acórdão do STJ, de 9-5-2001, IV, 2.2 (*Colectânea...cit.*, p. 191).

<sup>732</sup> *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Ano XVII (2009), Tomo II, pp. 193 e ss.

arma ‘shotgun’ que tinha no interior do saco que transportava e apontou-a na direcção daqueles militares (n.º 17 da matéria de facto). Em simultâneo, e aproveitando o momento em que os elementos da GNR tentavam abrigar-se, os arguidos L e R introduziram-se na viatura da GNR aparcada no local e que se encontrava com a chave na ignição, colocaram-na a trabalhar e ausentaram-se do local (n.º 18 da matéria de facto). (...) Cientes de que tinham a GNR no seu encalço, os arguidos L e R acabaram por abandonar a viatura da GNR de que se tinham apoderado (...) e seguiram a sua fuga a pé (n.º 20 da matéria de facto). (...) Os arguidos L e R actuaram de comum acordo e em conjugação de esforços, com o propósito concretizado de se apropriarem da viatura da GNR de Mirandela” (n.º 55 da matéria de facto).

Tendo em virtude destes factos sido condenado em 1.ª instância como co-autor de um crime de roubo agravado por uso de arma de fogo (decisão esta confirmada pela Relação), o arguido R vem alegar no recurso que interpõe para o STJ não lhe ser aplicável a referida agravante, uma vez que não usou ou apontou qualquer arma aos agentes da GNR.

Na sua resposta, o tribunal *ad quem* sublinha “que o facto de ter sido apenas o arguido L a empunhar e apontar essa arma não significa que tal circunstância não deva qualificar também a actuação do recorrente, visto que actuaram ambos em co-autoria material (...) <sup>733</sup>”. Efectivamente, tanto a “ameaça” que se traduz *in casu* na exibição de uma “shotgun” apontada às vítimas como a subtracção constituem actos de execução formais de o crime de roubo, sendo esses actos executivos imputáveis mesmo àquele que concretamente não os praticou, desde que resultem de uma decisão conjunta. Ora e conforme a prova realizada, o recorrente R co-apropriou-se ilicitamente do veículo da GNR de comum acordo com L e “servindo-se para tanto da ameaça com arma feita pelo seu co-arguido <sup>734</sup>”.

Assim e se a resolução do STJ negando provimento ao recurso interposto pelo arguido R nos parece acertada, já a respectiva fundamentação doutrinária não esclarece suficientemente a vertente objectiva de a co-autoria que a nossa lei penal diz, expressamente, consistir em “tomar parte directa” na execução do facto:

<sup>733</sup> *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. cit., p. 199.

<sup>734</sup> *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. cit., p. 199.

“Na co-autoria (...) não é necessário que o participante pratique todos os actos conducentes à realização do facto típico; basta que a sua participação, segundo o acordo entre todos eles (acordo que pode ser tácito) *se ajuste à dos restantes, de forma co-decisiva, para produzir o evento que a lei incriminadora quer evitar*<sup>735</sup>” (o “itálico” é nosso).

Não se evidencia, todavia, que há *in casu* a prática por ambos os arguidos de actos que integram a execução do crime de roubo – L e R apropriam-se ilicitamente da viatura da GNR, sendo que L ameaça ainda os militares com uma arma de fogo -, razão pela qual os dois indivíduos, que acordaram na prática daquele delito, detêm o “domínio funcional do facto”, verificando-se, conseqüentemente, a imputação, também, ao co-arguido R da “ameaça” executada por L.

## 2.º Acórdão do STJ, de 22-11-2006 (Tráfico de estupefacientes)<sup>736</sup>

São os seguintes os factos provados que interessam à discussão sobre a concreta forma de participação da co-arguida G na situação da vida *sub judicio*:

“Desde há vários anos que o Bairro de S. João de Deus, nesta cidade e comarca, é conhecido como um local de distribuição directa de produtos estupefacientes, nomeadamente, heroína e cocaína (n.º 1 da matéria de facto). (...) No dia 27 de Fevereiro de 2003, cerca das 7:20 horas, agentes da P.S.P., munidos dos competentes mandados, efectuaram busca, entre outros, à casa da arguida G, onde também se encontrava a arguida A., onde foram encontrados e apreendidos os seguintes bens e dinheiro... (n.º 3 da matéria de facto). (...) Todos os produtos estupefacientes encontrados na residência da arguida G eram pertença da arguida A, pessoa a quem cedera a sua habitação, a pedido da mesma, para levar a cabo a actividade de venda de produtos estupefacientes, cedência esta levada a cabo alguns dias antes da busca realizada (n.º 6 da matéria de facto). Como contrapartida da cedência por si operada, a arguida A deixava em casa da arguida G alguns pacotes de produtos estupefacientes, que poderiam ser 5 a 10 por dia, que esta última

<sup>735</sup> *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. cit., p. 199.

<sup>736</sup> *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Ano XIV (2006), Tomo III, pp. 230 e ss.

entregava a um dos seus filhos, que era toxicodependente (n.º 7 da matéria de facto). A arguida G aceitara efectuar tal cedência de forma a obviar às necessidades de obter produtos estupefacientes para o seu filho toxicodependente dado, por um lado, estar numa situação económica muito débil e, por outro lado, ser sujeita a maus-tratos físicos pelo mesmo” (n.º 8 da matéria de facto).

Tendo em consideração esta facticidade, o tribunal de 1.ª instância condenou a arguida G como autora material de um crime p. e p. no art. 30.º, n.º 2, Dec-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro<sup>737</sup>, e a arguida A como autora material de um crime de tráfico de estupefacientes. No recurso interposto para o STJ, o Ministério Público sustenta que G deve ser condenada como co-autora do crime imputado a A. Todavia, o tribunal *ad quem* vem a decidir (os “itálicos” são nossos):

- G não é autora do crime p. e p. no art. 30.º, n.º 2, Dec-Lei n.º 15/93, na medida em que se visa aí exclusivamente “o comportamento daqueles que, tendo uma relação de domínio sobre o espaço onde se realiza o tráfico ou o consumo (derivada da propriedade ou da disponibilidade), adoptam *um comportamento omissivo*, de aquiescência, sobre a realização de tais ilícitos e não tomam as medidas adequadas, nomeadamente comunicando às autoridades”. Ora, não tendo a arguida um comportamento omissivo, “é (...) de liminar percepção que a questão em apreço se configura como de *comparticipação criminosa* e não de integração do tipo legal em apreço<sup>738</sup>”;

- Não há, porém, co-autoria como sustenta o Ministério Público, porque “sobre os actos ilícitos que integravam a prática de tráfico de estupefacientes em qualquer um dos segmentos em que se configura um tipo legal progressivo, como é a infracção em apreço, *inexistiu qualquer acordo ou resolução* com a intervenção da mesma arguida. Esta não teve

<sup>737</sup> Sob a epígrafe “Tráfico e consumo em lugares públicos ou de reunião”, estatui-se no art. 30.º, n.º 2: “Quem, tendo ao seu dispor edifício, recinto vedado ou veículo, consentir que seja habitualmente utilizado para o tráfico ou uso ilícito de plantas, substâncias ou preparações incluídas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos”.

<sup>738</sup> *Colectânea...* cit., p. 233.



qualquer tipo de intervenção em cada um dos singulares actos de detenção, transporte e tráfico praticados pela co-arguida<sup>739</sup>”;

- Assim, a arguida apenas “facilitou a execução do facto ilícito; prestou ajuda à concretização deste. (...) Afirmar, como faz o recorrente, que era a arguida quem tinha disponibilidade do local e, consequentemente, *detinha o domínio funcional sobre o facto*, constitui um inadmissível salto lógico que tem subjacente uma presunção que não se fundamenta em qualquer regra jurídica ou de experiência comum<sup>740</sup>”;

- Conclui-se, portanto, “que os actos praticados pela arguida G. integram a prática de um crime de tráfico de estupefaciente (...) sob a forma de cumplicidade<sup>741</sup>”.

Fundamentalmente, faz-se assentar na inexistência de acordo para a prática do ilícito típico a não verificação *in casu* de co-autoria, desvalorizando, consequentemente, a dimensão objectiva desta forma particular de autoria. Todavia, o acordo também existe, por regra, na cumplicidade, acontecendo apenas que, nesta e diversamente do que acontece na co-autoria, o respectivo agente não determina o *se* e o *como* da realização típica. A co-arguida G “pactuou” até com A o uso da casa em que aquela residia, facultando esse uso à segunda para a venda por esta última de estupefacientes em contrapartida da entrega pela “usuária” à primeira de uma certa quantidade de droga (cfr. ns.º 6 e 7 da matéria de facto). Porém, não se fez prova que G detivesse e/ou vendesse juntamente com A a droga apreendida, faltando, pois, àquela o “domínio funcional do facto” próprio da co-autoria. É dizer que apesar de existir um acordo, não há co-autoria porque não se verifica a “execução conjunta” do facto por parte das arguidas, sendo, portanto, G apenas cúmplice do crime de tráfico praticado, em autoria imediata, por A<sup>742</sup>.

#### II.2.1.1.2. É-se co-autor porque se dá causa

---

<sup>739</sup> *Colectânea...* cit., p. 234.

<sup>740</sup> *Colectânea...* cit., p. 234.

<sup>741</sup> *Colectânea...* cit., p. 234.

<sup>742</sup> Passamos ao lado de outra problemática, esta atinente à relação que intercede entre a cumplicidade de G e a realização por esta do tipo legal de crime p. e p. no art. 30.º, n.º 2, Dec-Lei n.º 15/93. É que a nosso ver e contrariamente ao decidido pelo STJ, a expressão “consentir” que faz parte do texto da norma em causa não exclui *de per se* o comportamento comissivo daquela.

Em outros acórdãos do STJ perpassa a anterior compreensão causal de autoria, que, alargando o âmbito do respectivo conceito, conduz, por um lado, a que se considere co-autor quem não toma parte directa na execução do facto e, por outro e um tanto paradoxalmente, a negar, num determinado caso que analisamos abaixo<sup>743</sup>, a qualidade de cúmplice a um certo agente porque não é “concausa do crime”. Assim,

**1.º Acórdão do STJ, de 31-3-2011 (Tráfico de estupefacientes)<sup>744</sup>**

No âmbito da resposta à questão relativa à configuração jurídico-penal da actuação concreta do recorrente BB, o STJ seleciona determinados factos considerados provados. Destes e sem referir aqueles que pela sua generalidade, “sem qualquer sustentação em termos de precisão de tempo, lugar e modo, (...) podem consubstanciar uma ofensa ao direito de defesa do arguido<sup>745</sup>” (*maxime*, ns.º 1, 2, 3, 32 e 33 da matéria de facto), indicam-se os seguintes:

“No dia 11 de Novembro de 2009, pelas 11 horas e 40 minutos, os arguidos dirigiram-se ao Largo Duarte Pacheco, conhecido por ‘Jardim de Albufeira’, e sentaram-se num dos bancos aí existentes (n.º 4 da matéria de facto); (...) porque avistaram um veículo da G.N.R. a passar no local os arguidos abandonaram-no, voltando cerca das 12 horas e 20 minutos, sendo que, desta feita, o arguido BB sentou-se num topo do jardim, local onde conseguia ver todas as movimentações, enquanto a arguida AA se dirigiu a quatro indivíduos que estavam sentados num banco de pedra” (n.º 6 da matéria de facto); (...) passados cerca de 10 minutos, o arguido BB foi ao encontro da sua companheira, a arguida AA, que lhe entregou o dinheiro que havia resultado das vendas de estupefacientes efectuadas até ao momento, abandonando este, de seguida, o local” (n.º 24 da matéria de facto); (...) acresce que não exercia qualquer actividade profissional utilizando o dinheiro conseguido com as

<sup>743</sup> Vide Acórdão do STJ, de 31-4-2004.

<sup>744</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 31 de Março de 2011 (Proc. n.º 368/09.3GAABF.S1), relatado por Santos Cabral (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 8-7-2011).

<sup>745</sup> Acórdão do STJ, de 31-3-2011, II.

ditas transacções para fazer face a todas as suas despesas, nomeadamente, pagando o quarto da pensão onde pernoitavam e adquirindo todos os bens necessários à sua subsistência” (n.º 34 da matéria de facto); (...) os arguidos actuaram de forma concertada, livre, deliberada e consciente, sendo conhecedores da natureza estupefaciente dos produtos que adquiriam e vendiam, querendo com tal actuação angariar meios económicos, o que conseguiram” (n.º 35 da matéria de facto).

Descrevendo, sinteticamente, a actividade criminosa de BB, o tribunal *ad quem* afirma: “(...) essencial na apreciação que se faz sobre a actuação do arguido, é a ligação entre as transacções concretas efectuadas pela arguida e o seu papel de vigilância: ou seja, arranca-se do pressuposto de que *a actividade concreta de observação existe em relação a cada um dos actos imputados à mesma arguida*<sup>746</sup>” (os “itálicos” são nossos).

Posto o que e tendo presente essa realidade, acaba por concluir, confirmando a decisão recorrida, que BB “foi co-autor do crime pelo qual foi condenado, sendo certo que este crime se consubstancia nos actos em concreto imputados ao arguido<sup>747</sup>”. Isto é: aparentemente, o STJ faz assentar na relação causal - que afirma existir – entre a actividade de vigilância do co-arguido BB e a prática por AA de actos de execução do crime de tráfico de estupefacientes, a imputação ao primeiro da qualidade de co-autor.

Todavia e quando fundamenta a sua decisão nesta matéria, o tribunal *ad quem* reitera a teoria do domínio do facto, nos seguintes termos:

“À face do direito penal português e, nomeadamente do artigo 26 do Código Penal, a teoria do domínio do facto é o eixo fundamental de interpretação da teoria da comparticipação”, acrescentando-se que essa teoria “tem como ponto de partida o *conceito restritivo de autor* com a sua vinculação ao tipo legal<sup>748</sup>”. Nesta perspectiva e tratando-se dos chamados “delitos dolosos gerais”, é autor “aquele que domina a execução típica, de tal modo que a ele cabe papel director da iniciativa, interrupção, continuação e consumação da realização, dependendo

---

<sup>746</sup> Acórdão do STJ, de 31-3-2011, II.

<sup>747</sup> Acórdão do STJ, de 31-3-2011, II (*in fine*).

<sup>748</sup> Acórdão do STJ, de 31-3-2011, II.

estas, de forma decisiva, da sua vontade<sup>749</sup>”. Consequentemente, “o agente pode dominar o facto desde logo na medida em que é ele próprio *quem procede à realização típica* (...). Mas pode também dominar o facto (...) *quando domina o executante* através de coacção, de erro ou de um aparelho organizado de poder (...). Como pode, ainda, dominar o facto através de uma divisão de tarefas com outros agentes, desde que, *durante a execução*, possua uma função relevante para a realização típica (possuindo o que Roxin chamou ‘domínio funcional do facto’ que constitui o signo distintivo da co-autoria)<sup>750</sup>” (os “*itálicos*” são nossos).

Em suma: se teoricamente o STJ promove uma interpretação correcta do conteúdo de sentido do art. 26.º, CP: *é autor quem executa o facto*, a verdade é que na aplicação que faz desse preceito legal à concreta situação *sub judicio* orienta-se, sobretudo, por um critério próprio da concepção causal de autoria: *é autor quem dá causa ao facto*. Assim e diversamente da decisão adoptada, não tendo sido possível provar qualquer acto de venda e/ou aquisição de estupefacientes por parte de BB e não compreendendo o artigo 21.º, n.º 1, Dec-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que define o crime-base de tráfico de drogas<sup>751</sup>, não obstante a ampla variedade de modalidades de acção aí previstas, a simples vigilância, o STJ deveria ter condenado aquele arguido como cúmplice do crime praticado em autoria imediata por AA ou, em alternativa, como autor mas do crime p. e p. no art. 23.º, ns.º 1, al. c) e 2, Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro<sup>752</sup>.

## 2.º Acórdão do STJ, de 19-1-2011 (Homicídio)<sup>753</sup>

Uma das duas questões de direito apreciadas pelo STJ diz respeito à qualificação jurídico-penal da participação do recorrente AA nos factos dados como provados, a saber (os “*itálicos*” são nossos):

<sup>749</sup> Acórdão do STJ, de 31-3-2011, II.

<sup>750</sup> Acórdão do STJ, de 31-3-2011, II.

<sup>751</sup> Vide nota de rodapé n.º 25.

<sup>752</sup> Vide nota de rodapé n.º 710.

<sup>753</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 19 de Janeiro de 2011 (Proc. n.º 6034/08.OTDPRT.P1.S1), relatado por Oliveira Mendes (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 4-6-2012).

“Pouco depois chegou GG, que estava no Bairro de (...) e tendo ouvido comentários do que estava a passar-se com a sua cunhada BB e família, para ali se dirigiu no seu motociclo” (n.º 10 da matéria de facto); enquanto a BB e seu marido DD se dirigiam para a entrada da residência de ambos, surgiram no local os arguidos, empunhando o arguido CC, na mão direita, uma arma de fogo que não foi possível apreender e o arguido AA transportava uma corrente em metal enrolada no braço direito” (n.º 11 da matéria de facto); a menos de três metros do GG e de sua esposa FF, o arguido CC proferiu a seguinte expressão: ‘Quem são? Quem são? Ai são vocês?’ e de imediato apontando a arma de fogo ao tronco daquele começou a efectuar vários disparos, os quais por razão não apurada não deflagraram todos e um deles, que veio a deflagrar, atingiu-o no tórax, provocando-lhe a morte” (n.º 12 da matéria de facto); *já ferido de morte*, aquele GG, caminhou alguns passos, aproximando-se de uma zona relvada existente no local, onde veio a cair, sendo que nesse percurso foi perseguido pelo arguido AA, a uma distância de cerca de um metro, o qual brandindo no ar as correntes que empunhava veio com elas a deferir-lhe pancadas e atingi-lo na zona da cabeça, como era seu intento” (n.º 13 da matéria de facto); (...) o arguido CC provocou no GG as seguintes lesões (segue-se a respectiva descrição)” (n.º 16 da matéria de facto); lesões essas que resultaram da acção do projectil com que o atingiu, e que foram *causa directa e necessária* da sua morte<sup>754</sup>” (n.º 17 da matéria de facto).

Entende o tribunal *ad quem* que “tendo os arguidos CC e AA agido em comunhão de intenções e esforços, (...) dúvidas não restam de que ambos se constituíram na *co-autoria material* do crime de homicídio, consabido que (...) *são de imputar a cada um, como próprios, os contributos do outro para o facto, como se ambos os tivessem prestado*<sup>755</sup>” (os “itálicos” são nossos). E fundamenta a sua decisão recorrendo a jurisprudência anterior do STJ, em conformidade com a qual é “co-autor aquele que realiza uma parte da execução do plano criminoso, *ainda que com a sua conduta apenas contribua com um acto não típico em sentido literal, no*

---

<sup>754</sup> O “itálico” é nosso.

<sup>755</sup> Acórdão do STJ, de 19-1-2011, “Qualificação da participação do arguido AA nos factos” (*in fine*).

*entanto essencial para a realização comum*; na co-autoria cabe pois a actividade, mesmo parcelar, na realização do objectivo acordado – concerto criminoso -, *ainda que não entre formalmente no arco da acção típica, desde que essencial à execução daquele objectivo*<sup>756</sup> (os “itálicos” são nossos).

Esta é a doutrina da co-autoria sustentada, entre outros, por Jeschek. Efectivamente, este penalista alemão – tendo por referência a teoria de o “domínio do facto” e baseando-se no & 25. 2. do Código Penal germânico<sup>757</sup> - afirma que a co-autoria “do *lado subjectivo* exige que os intervenientes estejam reciprocamente vinculados por meio de uma resolução conjunta, de tal sorte que, no quadro do acontecimento global, cada um deles deva assumir uma função parcial de carácter essencial que os torne co-responsáveis pela execução conjunta do facto. (...) No *aspecto objectivo*, aquilo que cada um dos co-autores desencadeia deve evidenciar uma **determinada medida de significado funcional**, de modo a que o desempenho por cada um do papel que lhe corresponde configure uma peça essencial na realização do plano criminoso conjunto (*domínio funcional*)<sup>758</sup>”. Trata-se, todavia, de um conceito de co-autoria que coloca o “acento tónico” na componente subjectiva (tanto assim que Jeschek subscreve a chamada “solução global”, em conformidade com a qual os co-autores devem ser punidos todos eles por tentativa, a partir do momento em que um deles pratica, de acordo com a decisão conjunta, o primeiro acto de execução<sup>759</sup>), conceito esse dificilmente compaginável com o nosso art. 26.º, 3.ª alternativa, CP: tendo em conta a vertente objectiva desta forma particular de autoria, prescreve-se aí, expressamente, que só é co-autor quem “tomar parte directa” na execução do facto. Aliás, no caso dos autos e estando a vítima já ferida de morte em virtude da actuação do co-arguido CC (cfr. ns.º 12, 13 e 17 da matéria de facto), não se vislumbra, inclusivamente, a “essencialidade” da intervenção de AA na produção do resultado típico letal. Sendo certo, por fim, que o sobredito critério de *essencialidade* adequa-se melhor, em nosso entender, a uma concepção de autoria assente na causalidade (*rectior*, causalidade necessária) do

<sup>756</sup> Acórdão do STJ, de 19-1-2011, “Qualificação da participação do arguido AA nos factos”.

<sup>757</sup> Vide nota de rodapé n.º 32.

<sup>758</sup> Citado em português a partir de JESCHEK, H-H; WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal – Parte General*. cit., p. 726.

<sup>759</sup> JESCHEK, H-H; WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal – Parte General*. cit., pp. 733 e s.

que à de o “domínio do facto”, que faz da execução o *prius* do respectivo conceito de autor.

Tudo visto quer-nos parecer que a conduta do arguido AA será apenas de cumplicidade - não de co-autoria - no crime de homicídio praticado em autoria imediata pelo co-arguido CC.

### 3.º Acórdão do STJ, de 3-10-2007 (Roubo)<sup>760</sup>

De entre as “conclusões” apresentadas pelo recorrente AA no recurso que interpôs para o STJ, interessa-nos, no âmbito da presente investigação, a seguinte: “Assim como enquadrrou erroneamente, o tribunal *a quo*, os factos praticados em Aveiro, não podendo enquadrá-los juridicamente na forma de co-autoria, mas quando muito na forma de tentativa e dentro desta com desistência voluntária” (conclusão n.º 4). Que factos?

De acordo com o plano que engendraram e “consistia em furtar e roubar objectos ou dinheiro para fazerem face aos seus encargos e gastos pessoais” (n.º 2 da matéria de facto), os arguidos e o falecido Aló decidiram “assaltar (...) a residência de FF, (...) combinando ainda entre todos utilizar a força ou armas de que se muniram para conseguirem os seus intentos” (n.º 3 da matéria de facto). Assim, “o arguido AA muniu-se de um gorro que servia para tapar o rosto (...) e o arguido BB, conjuntamente com o falecido Aló muniram-se cada um com uma pistola” (n.º 5 da matéria de facto). Tendo-se dirigido “à residência da referida FF, (...) onde se encontravam três outras companheiras, alegadamente para manterem relações sexuais” (n.º 6 da matéria de facto), o arguido BB e o falecido GG “entraram e pediram para ver as meninas, acompanhando-as ao quarto” (n.º 7 da matéria de facto), enquanto o arguido AA, “que não entrara no apartamento, tocou à porta principal do mesmo” (n.º 8 da matéria de facto). Como FF o visse, “através do óculo da porta, enfiar na cabeça o referido gorro, sentiu medo e não lhe abriu a porta” (n.º 9 da matéria de facto), razão pela qual o arguido AA “veio para o exterior do prédio esperando pelos outros comparsas” (n.º 10 da matéria de facto). Após se terem apropriado, usando as armas de que se muniram, do dinheiro e outros bens pertencentes a FF e suas companheiras, o arguido BB e o falecido Aló

---

<sup>760</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 3 de Outubro de 2007 (Proc. n.º 07P2576), relatado por Raul Borges (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 8-7-2012).

abandonaram a residência e juntaram-se a AA, que permanecera no exterior da mesma (n.º 15 da matéria de facto).

Perante esta facticidade, o STJ confirma a qualidade de co-autor atribuída pelo tribunal colectivo a AA, argumentando:

“Os casos de comparticipação *só são configuráveis mediante acordo prévio dos participantes*, que traçando um plano criminoso, visam pô-lo em prática. O co-autor executa o facto, toma parte directa na sua realização, por acordo ou juntamente com outro ou outros, ou determina outrem à prática do mesmo<sup>761</sup>” (os “itálicos” são nossos).

Não admira, pois, que, dentro de um quadro assim alargado mas *contra-lem* de co-autoria, o tribunal *ad quem* assuma a referida posição, quando à luz da teoria de o domínio do facto, que informa o artigo 26.º, CP, só é autor quem domina o *se e como* da realização típica. É dizer que também o co-autor deve ser “senhor do facto”, independentemente de participar na “decisão conjunta”. Resulta, porém, da matéria de facto acima descrita que o arguido AA não possuía o domínio da acção típica levada a cabo pelos seus comparsas, que a executaram de mão própria e até à respectiva consumação, apesar daquele outro ter permanecido (contravontade, é certo) no exterior do prédio das ofendidas.

Entretanto e para – aparentemente – fundamentar a decisão a que chega, o STJ vem afirmar que “não será despiciendo considerar que a circunstância de FF àquela hora tardia ter visto o arguido AA enfiar o gorro com o consequente sentimento de medo que dela se apoderou, contribuiu para uma não reacção por parte dela, pois aí terá desconfiado das reais intenções dos que se encontravam *intra muros* e tomado consciência do que viria a seguir, *situação que por outro lado terá facilitado a tarefa dos outros dois*<sup>762</sup>” (o “itálico” é nosso). Todavia e ainda que assim fosse<sup>763</sup>, essa conduta seria somente indiciadora de cumplicidade, sob a forma de “auxílio moral” (cfr. art. 27.º, n.º 1, CP), nunca de autoria (*rectior*, co-autoria).

<sup>761</sup> Acórdão do STJ, de 3-10-2007, IV (“Co-autoria – Tentativa – Desistência voluntária”).

<sup>762</sup> Acórdão do STJ, de 3-10-2007, IV (*in fine*).

<sup>763</sup> Não constando este facto da matéria provada, o STJ considerando-o incorre, a nosso ver, em excesso de pronúncia cominado com nulidade [cfr. art. 379.º, n.º 1, al. c), aplicável *ex vi* art. 425.º, n.º 4, ambos do CPP].



Portanto e uma vez mais, quer-nos parecer que o tribunal *ad quem* se serve de uma certa conexão indiciadora de causalidade entre a actuação de AA e dos restantes co-arguidos para qualificar como co-autor aquele primeiro, e não tanto – como seria, aliás, mais defensável – para afirmar o carácter executivo do acto praticado por AA *ex vi* art. 22.º, n.º 2, al. c), CP.

4.º Acórdão do STJ, de 31-3-2004 (Violação)<sup>764</sup>

Discute-se neste acórdão o conceito jurídico-penal de cumplicidade<sup>765</sup> e a delimitação desta forma particular de participação *stricto sensu* face à co-autoria. Quanto a esta segunda temática, o STJ “cruza” duas compreensões opostas de comparticipação criminosa, uma assente numa ideia de causalidade, a outra reconduzível à teoria do domínio do facto. Assim, diz-se: “Diferencia-se da co-autoria, *pela ausência do domínio do facto*; o cúmplice limita-se a facilitar o facto principal, através de auxílio físico (material) ou psíquico (moral), situando-se esta prestação de auxílio em toda a contribuição que tenha possibilitado ou facilitado o facto principal ou fortalecido a lesão do bem jurídico cometida pelo autor<sup>766</sup>”; porém e simultaneamente, afirma-se que “a cumplicidade é uma forma de participação secundária na comparticipação criminosa, destinada a favorecer um facto alheio, portanto, de menor gravidade objectiva, mas embora sem ser determinante na vontade do autor e sem participação na execução do crime, traduz-se sempre em auxílio à prática do crime e, nessa medida, contribui para a sua prática, *configurando-se como uma concausa do crime*<sup>767</sup>” (os “itálicos” são nossos).

O caso *sub judice* na parte que nos interessa resume-se à facticidade seguinte:

“Enquanto o arguido Carlos Poeira mantinha com a ofendida as relações de coito anal e quando lhe introduziu no ânus objecto não apurado, o arguido Pedro Lourenço, não obstante ter constatado a oposição manifestada pela ofendida, que se debatia e exteriorizava as dores que

<sup>764</sup> *Colecção de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Ano XII (2004), Tomo I, pp. 239 e ss.

<sup>765</sup> *Vide* o que dizemos acima sobre a cumplicidade à luz do art. 27.º, n.º 1, CP [Parte II, capítulo III, par. III.2.3.].

<sup>766</sup> *Colecção... cit.*, p. 241.

<sup>767</sup> *Colecção... cit.*, p. 241.

sentia, manteve-se junto deles e, deliberadamente, nada fez para impedir que o arguido Carlos Poeira concretizasse esses actos [alínea n) da matéria de facto]. (...) O arguido Pedro Lourenço estava ciente de que as práticas sexuais anais a que o arguido Carlos Poeira submeteu a ofendida, eram contra a vontade da mesma e esteve presente enquanto foram praticadas, nada fazendo para obstar a que o arguido Carlos Poeira as consumasse” [alínea v) da matéria de facto].

Tendo a Relação confirmado a decisão do tribunal colectivo, que condenara o Pedro Lourenço como cúmplice, em concurso efectivo de infracções, dos crimes de violação e coacção sexual agravado, o STJ veio a absolvê-lo da prática desses crimes. Na argumentação de que lança mão para fundamentar a sua posição, o tribunal *ad quem* retorna a uma perspectiva causal da comparticipação criminosa: “A cumplicidade só pode (...) revelar-se através da *causalidade*; especialmente na cumplicidade psíquica, sem elementos reveladores de *causalidade* não se pode responder à questão de saber se há auxílio ou se houve favorecimento do facto principal. (...) Nesta medida, *no domínio da causalidade relevante*, na cumplicidade não basta uma qualquer solidarização activa *que não seja também causal do resultado*”<sup>768</sup> (os “itálicos” são nossos). Concluindo, assim, que “os factos provados não permitem (...) considerar que a passividade do recorrente possa integrar os elementos da cumplicidade – no caso, de auxílio moral – relativamente aos crimes de violação e coacção sexual praticados pelo co-arguido”<sup>769</sup>.

Todavia, se abstrairmos desta ideia de causalidade vendo na cumplicidade apenas uma forma de participação delitiva caracterizada pela ausência de domínio do facto, ausência essa que se manifesta na exigência dogmática de acessoriedade (limitada) para a sua punição, não nos será difícil concordar com o Conselheiro Rua Dias que, tendo votado vencido, contra-argumenta: “Tal atitude é reveladora de apoio moral do arguido Pedro Lourenço ao arguido Carlos Poeira, traduzido no estímulo que a sua presença proporcionava ao arguido Carlos Poeira no prosseguimento das suas práticas lascivas na pessoa da assistente, Maria Isabel”<sup>770</sup>.

<sup>768</sup> *Colectânea...* cit., pp. 241 e s.

<sup>769</sup> *Colectânea...* cit., p. 242.

<sup>770</sup> *Colectânea...* cit., p. 244. Também BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal – II*. cit., p. 419, entende que “a cumplicidade moral corresponde àquilo que na linguagem corrente se chama dar

Isto é: Pedro Lourenço prestando auxílio moral ao autor não detém o domínio do facto, mas deve ser considerado seu cúmplice *ex vi* art. 27.º, n.º 1, CP.

5.º Acórdão do STJ, de 30-10-2002 (Tráfico de estupefacientes)<sup>771</sup>

Diz-se no presente aresto que o tipo legal de crime constante do art. 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (“Tráfico e outras actividades ilícitas”)<sup>772</sup>, caracteriza-se por “uma descrição típica alargada, só justificável pelo objectivo de cobertura do risco de difusão da droga como fenómeno universal de consequências maléficas manifestamente reconhecidas<sup>773</sup>”. Assim e tendo em consideração o bem jurídico tutelado (“a saúde pública na exacta dimensão que lhe é dada pelo direito de cada um à preservação da sua integridade física<sup>774</sup>”), verifica-se “uma equiparação típica entre actos, materialmente, distintos: a par de actos de tráfico ‘stricto sensu’, existem outros que têm natureza preparatória (v.g., ‘cultivar’), e outros ainda de carácter ancilar (v.g., ‘transportar’)<sup>775</sup>”.

Paralelamente e para além de uma certa imprecisão na tipificação da acção criminosa, a consequência mais imediata desta técnica legislativa de incriminação dos comportamentos humanos é a consagração de um conceito alargado de autoria que deixa pouco ou nenhum lugar à cumplicidade. Diz Rui Pereira, referindo-se em particular ao n.º 1 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro: “No plano do direito substantivo, destaca-se, em primeiro lugar, o acolhimento de conceitos analíticos e extensivos de autor e acção típica, que praticamente inviabilizam a ocorrência de situações de participação criminosa *stricto sensu* – instigação e cumplicidade – e tentativa<sup>776</sup>”.

Neste quadro dogmático-legislativo, parece-nos aconselhável adoptar um conceito objectivo-formal de execução, sob pena de anteciparmos ainda mais e

---

‘apoio moral’ (...). O cúmplice moral apenas dá apoio moral a uma pessoa que já está decidida a cometer um crime, apenas fortalece essa decisão”.

<sup>771</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 30 de Outubro de 2002 (Proc. n.º 02P2930), relatado por Lourenço Martins (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 22-5-2012).

<sup>772</sup> Vide nota de rodapé n.º 25.

<sup>773</sup> Acórdão do STJ, de 30-10-2002, IV, par. 2.

<sup>774</sup> VARELA, João. “Tráfico ilícito de drogas: questões de autoria e participação à luz do respectivo tipo legal de crime”, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, Ano 17, n.º 3 (Julho-Setembro 2007), p. 523.

<sup>775</sup> VARELA, João. “Tráfico ilícito de drogas...”. cit., pp. 523 e s.

<sup>776</sup> PEREIRA, Rui. “A discriminação do consumo de droga”, em ANDRADE, Manuel da Costa *et aliter* (orgs). *Liber discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1159.

excessivamente a tutela penal imposta pelo sobredito artigo 21.º, n.º 1. É dizer que *a contrario* do art. 22.º, n.º 2, al. c), CP, não devemos considerar como actos de execução “os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam” actos de execução formais.

Tendo presente estes considerandos e a factualidade dada *in casu* como provada, devemos concluir que só A e B são co-autores do crime de tráfico de estupefacientes agravado p. e p. pelos arts. 21.º, n.º 1 e 24.º, al. c)<sup>777</sup>, do Dec.-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro. Efectivamente, C e D limitam-se a praticar actos objectivamente indiciadores de que assumiriam o transporte e distribuição da droga assim que esta lhes fosse entregue pelos outros dois co-arguidos: “explorando as informações recolhidas, funcionários da Polícia Judiciária do Porto dirigiram-se ao Hotel (...), ‘onde depararam com os arguidos C e D, *que se encontravam à espera da chegada do veículo automóvel que trazia o produto ou substância estupefaciente*’, tendo-os detido<sup>778</sup>” (o “itálico” é nosso).

Entretanto, o STJ - confirmando a decisão recorrida - considera todos os quatro agentes co-autores, na medida em que todos eles “agiram voluntária, livre e conscientemente, em união e conjugação de esforços e mediante plano previamente concebido, com o intuito de introduzirem produtos estupefacientes no país a fim de serem vendidos, obtendo, desta forma, lucros ilícitos, avultados e fáceis, *bem sabendo que a detenção, compra, venda, distribuição, transporte, importação e exportação de tais substâncias é interdita e proibida por lei* e que as suas condutas eram reprováveis e punidas por lei<sup>779</sup>” (o “itálico” é nosso). Acontece, porém, que, independentemente do acordo firmado e que o tribunal *a quo* dá como provado, apenas A e B praticaram uma das modalidades de acção que destacámos em “itálico”: isto é, importaram da Colômbia 840 sacos de farinha, onde vinha dissimulada a cocaína apreendida.

Por outro lado e ainda quanto à co-autoria, o tribunal *ad quem* retoma a fundamentação desenvolvida pela Relação, dizendo, nomeadamente:

<sup>777</sup> De acordo com o art. 24.º, al. c), Dec.-Lei n.º 15/93, “as penas previstas nos artigos 21.º, 22.º e 23.º são aumentadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo se o agente obteve ou procurava obter avultada compensação remuneratória”.

<sup>778</sup> Acórdão do STJ, de 30-10-2002, IV, par. 1.

<sup>779</sup> Acórdão do STJ, de 30-10-2002, II.

“A componente subjectiva basta-se (...) com a simples consciência bilateral reportada ao facto global, com o conhecimento pelos agentes da recíproca colaboração. Aliás, nem se exige que os co-autores se conheçam entre si, na medida em que cada um esteja consciente de que junto a ele vai estar outro (ou outros) e estes se achem imbuídos da mesma consciência. A exigência objectiva requer, por sua vez, a participação na execução do facto criminoso. (...) Actos executivos são os que estão previstos no art. 22.º do C. Penal, a propósito da tentativa, *não sendo necessário que eles se realizem no estrito âmbito da acção típica como aparece delineada no tipo legal de crime*<sup>780</sup>” (o “itálico” é nosso). Concluindo, mais adiante: “O Colectivo constatou um acordo para actuação conjunta, uma decisão conjunta, e uma execução também conjunta, embora cada um tenha assumido a parcela de ‘responsabilidade’ por cada uma das acções – o A e o B pela importação, o C e D, *pela futura distribuição*. E assim vieram a actuar, de forma mais intensa uns, menos ostensiva outros, com vista ao resultado final, a introdução da droga no mercado e a captação dos respectivos lucros<sup>781</sup>” (o “itálico” é nosso).

Em suma: tendo A, B, C e D acordado entre si a importação e distribuição de uma quantidade considerável de cocaína, resulta, todavia, dos factos provados que apenas os dois primeiros praticaram actos de execução formais, tendo os restantes realizado quando muito actos da espécie prevista no art. 22.º, n.º 2, al. c), CP. Destarte e ainda que se entenda - contrariamente ao que sustentamos imediatamente acima - alargar a esta última actuação a tutela prevista no sobredito art. 21.º, n.º 1, Dec-Lei n.º 15/93, não tendo havido consumação, C e D apenas poderiam ser condenados pelo crime de tráfico de estupefacientes, na forma tentada. Julgamos, porém, mais acertado imputar-lhes a prática do delito em causa a título de cumplicidade: tendo aderido com os demais arguidos ao plano criminoso, existirá um apoio ou auxílio moral recíproco entre todos eles.

---

<sup>780</sup> Acórdão do STJ, de 30-10-2002, III, par. 1.

<sup>781</sup> Acórdão do STJ, de 30-10-2002, IV, par. 2.1.

6.º Acórdão do STJ, de 22-3-2001 (Tráfico de estupefacientes)<sup>782</sup>

Tratando-se do crime de “tráfico de droga”, cujo tipo legal fundamental consta do art. 21.º, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro<sup>783</sup>, a antecipação da tutela penal a actos materialmente preparatórios deixa – como dissemos já<sup>784</sup> – pouco ou nenhum lugar à cumplicidade. É dizer que, neste tipo legal de crime, torna-se praticamente irrelevante a distinção doutrinária entre autoria e cumplicidade.

Não admira, pois, que o STJ considere a actuação da recorrente como co-autoria, na medida em que “*tomou parte directa na execução, por acordo, ou, pelo menos, com consciência dessa colaboração e em conjunto com os demais, com vista à obtenção do resultado comum por todos perseguido, no caso o lucro proveniente da venda da droga, sendo, assim, verdadeiramente, uma das *dominae negotii*, portanto co-autora do crime – art. 26.º do Código Penal<sup>785</sup>*” (o “*itálico*” é nosso).

Tem, porém, interesse anotar as considerações genéricas que o STJ enuncia a respeito da co-autoria e cumplicidade. Assim e reportando-se a um acórdão anterior (Acórdão do STJ, de 18-10-89), diz-se:

“A essência da co-autoria consiste em que cada participante quer *causar o resultado como próprio*, mas com base numa decisão conjunta e com forças conjugadas<sup>786</sup>”. Concluindo-se mais adiante: “De tudo o que acaba de expor-se pode concluir-se que, quer o co-autor, quer o cúmplice, são *auxiliatores*. Cada um, a seu jeito, ajuda ou concorre para a produção do feito. Porém, enquanto o primeiro assume um papel de *primeiro plano, dominando* a acção (já que esta é concebida e executada com o seu acordo – inicial ou subsequente, expresso ou tácito – e contribuição efectiva), o segundo é, digamos, um *interveniente secundário* ou *acidental*: só intervém se o crime for executado ou tiver início de execução e, além disso, mesmo que não interviesse, aquele

<sup>782</sup> *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Ano IX (2001), Tomo I, pp. 260 e ss.

<sup>783</sup> *Vide* nota de rodapé n.º 25.

<sup>784</sup> *Vide* Acórdão do STJ, de 30-10-2002, analisado acima.

<sup>785</sup> Acórdão do STJ, de 22-3-2001, A) – A questão da cumplicidade (*Colectânea...cit.*, p. 262).

<sup>786</sup> Acórdão do STJ, de 22-3-2001, A) – A questão da cumplicidade (*Colectânea...cit.*, p. 261).

sempre teria lugar, porventura, em circunstâncias algo distintas. A sua intervenção, *sendo, embora, concausa do concreto crime levado a cabo, não é causal da existência da acção*, no sentido de que, sem ela, apesar de tudo, o facto sempre teria lugar, porventura, em circunstâncias algo diversas. É, neste sentido, um *auxiliator simplex* ou *causam non dans*. Quer isto dizer que, sem autor não pode haver cúmplice(s) mas já pode conceber-se autoria sem cumplicidade, o que mostra o *carácter acessório* desta figura<sup>787</sup> (os “itálicos” são nossos).

Portanto e a par da já, abundantemente, referida compreensão de cariz subjectivista – que há-de, progressivamente, tornar-se dominante -, subsiste ainda um entendimento objectivo-material (causal) da co-autoria (e, também, da cumplicidade), herdado, por certo, da influência doutrinária de Eduardo Correia e do seu ProjPG de 1963.

7.º Acórdão do STJ, de 12-7-2000 (Roubo)<sup>788</sup>

Em conformidade com a matéria de facto provada na 1.ª instância, o arguido participa concertadamente com outras pessoas em diversos assaltos a instalações bancárias, servindo-se os seus comparsas nesses assaltos de armas de fogo (pistolas) e limitando-se o sobredito arguido a transportá-los no seu veículo automóvel até o local dos crimes assegurando-lhes ainda a fuga.

Tendo sido condenado como co-autor de cada um dos três crimes de roubo agravado imputados aos restantes réus, invoca como fundamento do respectivo recurso o vício constante do art. 410.º, n.º 2, al. a), CPP (“a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”), “designadamente quanto ao dolo – conhecimento de que fora usada uma arma nos assaltos em que o arguido foi o condutor do veículo de transporte e apoio das infracções<sup>789</sup>”. Entende, porém, o STJ que “houve (...) conhecimento directo dos meios usados para os assaltos por parte do recorrente, segundo o relato do Tribunal, quer no tocante ao descritivo factual, quer na parte relativa à fundamentação dos motivos que o levaram a julgar como

<sup>787</sup> Acórdão do STJ, de 22-3-2001, A) – A questão da cumplicidade (*Colectânea...cit.*, p. 261).

<sup>788</sup> *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Ano VIII (2000), Tomo II, pp. 239 e ss.

<sup>789</sup> Acórdão do STJ, de 12-7-2000, III, 2.

julgou”. E acrescenta: “*Basta a consciência e a adesão da vontade do agente para que se configure a co-autoria*”<sup>790</sup> (o “itálico” é nosso).

Por outro lado e no que respeita à concreta relevância jurídico-penal da intervenção do arguido, o tribunal *ad quem* sustenta que essa relevância não é menor em virtude da circunstância daquele ser apenas “motorista”. Assim, afirma-se: “A sua responsabilidade, por força do art. 26.º do CP, não pode (...) ser vista isoladamente daquele comportamento que cada um dos participantes assumiu, visto que, a nosso ver, o seu modo de actuação foi tão importante quanto o dos outros comparticipantes, salvo alguns pormenores influentes nas penalidades aplicadas aos outros, pessoalmente. O transporte do grupo assegurado pelo recorrente foi peça relevante quer para a concretização do assalto quer para a fuga depois da consumação dos delitos. *Os assaltos duraram, em tempo, menos do que levaria a sua execução e a fuga também durou menos do que seria se não tivessem levado automóvel e condutor*”<sup>791</sup> (o “itálico” é nosso).

Se estivesse em vigor o PjPG de Eduardo Correia, a afirmação em “itálico” reproduzida imediatamente acima confirmaria a qualificação como cúmplice do respectivo agente *ex vi* artigo 27.º, n.º 4: “(...) auxiliando dolosamente na execução, sempre que, tendo embora sem aquele auxílio a execução sido levada a cabo, *ela o fosse, todavia, por modo, tempo, lugar ou em circunstâncias diferentes*. Esta última forma de comparticipação constitui a cumplicidade” (o “itálico” é nosso). Neste sentido e apesar da divergência na respectiva qualificação jurídico-penal, poder-se-á dizer que subjacente à apreciação que o tribunal *ad quem* faz da concreta situação *sub judicio* está ainda presente, de algum modo, a compreensão causal da comparticipação criminosa subscrita pelo autor do projecto: a actuação do cúmplice não deixa de ser causal da acção típica levada a cabo pelo executor, apesar de lhe faltar o carácter necessário que individualiza a intervenção deste último.

Também à luz da teoria do domínio do facto que informa o actual conceito dogmático-legal de co-autoria a sobredita actuação será de cumplicidade, mas porque o dito “motorista” não toma parte directa na execução e, assim, não (co)domina os factos praticados pelos agentes principais (autores).

<sup>790</sup> Acórdão do STJ, de 12-7-2000, III, 2.

<sup>791</sup> Acórdão do STJ, de 12-7-2000, III, 4.



### II.2.1.1.3. Co-autoria e o princípio da tipicidade

Há, todavia, outros acórdãos do STJ sobre co-autoria em que a própria tipicidade objectiva das condutas criminosas nos parece, insuficientemente, provada e estabelecida, como será o caso dos seguintes arestos:

#### 1.º Acórdão do STJ, de 17-2-2011 (Homicídio)<sup>792</sup>

São diversos os crimes praticados pelos arguidos tendo 4 deles num total de 6 constituído entre si uma “associação criminosa” com a finalidade de proceder à cobrança de dívidas mediante perseguições e ameaças que se concretizaram, nalguns casos, em “efectivas ofensas pelo menos contra a integridade física e a liberdade dos devedores e dos seus familiares” (n.º 3 da matéria de facto). Entretanto, assumem particular relevância e gravidade os seguintes factos dados como provados: tendo desconfiado que um dos comparsas na execução de um plano gizado por um dos co-arguidos, que consistia na apropriação indevida de cheques enviados por correio, estava a enganar os restantes, decidem estes últimos vingarse. Assim, um deles transporta-o no seu carro até Valongo, “a fim de efectuarem uma vigilância a uma possível vítima” (n.º 232 da matéria de facto), deixando-o aí desacompanhado e regressando a casa (Porto). Todavia, cerca das 20 horas o que ficara em Valongo (a vítima) e quatro outras pessoas que o conheciam “encontravam-se no interior de uma mata existente em Valongo, que era local ermo” (n.º 238 da matéria de facto). “Aí, agrediram-no em várias partes do corpo, nomeadamente na cabeça, provocando-lhe várias fracturas, sendo utilizados objectos não concretamente determinados e nomeadamente uma sachola” (n.º 239 da matéria de facto). Segundo as conclusões do relatório da autópsia, a causa necessária e imediata da morte da vítima terá sido o “violento traumatismo na zona da cabeça, com instrumento contundente ou actuando como tal”, inteiramente compatível com uma sachola, (...) a que se seguiu o lançamento do cadáver (...) a

---

<sup>792</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 17 de Fevereiro de 2011 (Proc. n.º 227/07.4JAPRT.P2.S1), relatado por Armino Monteiro (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 6-6-2012).

um poço, de onde seria retirado em estado de decomposição tempos depois – 49 dias (...) <sup>793</sup>”.

Alegam os recorrentes “a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada” (cfr. art. 410.º, n.º 2, al. a), CPP). Neste sentido, afirmam que, tendo o tribunal colectivo dado como não provado que “todos os arguidos se tivessem reunido no dia 23 de Janeiro (dia do crime), às 18 horas, em Matosinhos, no escritório do ora recorrente, a fim de executarem o plano criminoso previamente estabelecido e que consistia em ‘apagar’ o T (vítima) <sup>794</sup>”, não poderá (sob pena de se contradizer a si próprio) considerar provado que “os arguidos (...) ao agirem da forma atrás descrita, mediante plano previamente acordado entre todos, relativamente ao falecido T, agiram de forma voluntária e consciente, com intenção de lhe retirar a vida” (n.º 282 da matéria de facto). Em resposta a esta argumentação, o STJ fala de um acordo tácito que se deduz da execução criminosa em si:

“Mas dessa ausência dessa comprovação explícita ao nível factual não se significa que esse plano se não possa inferir de factos concludentes, seguros, e assim que o homicídio consumado na pessoa do T, seja obra do acaso, de uma ideação homicida espontânea, de momento, desencadeada por um ou mais, comunicada, sem controlo, a todos os demais co-autores. O plano homicida tanto pode derivar explícita como implicitamente de factos que, inequivocamente, o sugiram. E eles existem e constam do elenco dos factos provados (...) <sup>795</sup>”.

Por outro lado e concluindo os recorrentes nas respectivas motivações que não se provaram factos bastantes que permitam imputar-lhes a prática do crime de homicídio qualificado, “por se não comprovarem as concretas circunstâncias em que ocorreu a morte do T <sup>796</sup>”, o tribunal *ad quem* faz apelo à chamada “co-autoria aditiva” que se verifica na hipótese de, participando várias pessoas na prática do

<sup>793</sup> Acórdão do STJ, de 17-2-2011, XII.

<sup>794</sup> Acórdão do STJ, de 17-2-2011, IV. As palavras postas entre parênteses no texto principal são de nossa autoria servindo, exclusivamente, para esclarecer melhor a citação em causa.

<sup>795</sup> Acórdão do STJ, de 17-2-2011, XIV.

<sup>796</sup> Acórdão do STJ, de 17-2-2011, III.

mesmo facto e não sendo possível determinar *in concreto* quem causou o resultado típico, este último será imputável à intervenção conjunta de todos<sup>797</sup>. Diz o STJ:

“Não impressiona a circunstância de não se identificarem, no resultado global, quais as lesões, fracturas, concretamente provocadas pelo arguido AA, pois que uma forma de co-autoria – para além da sucessiva e inicial, mediata e alternativa – é a chamada aditiva em que se torna impossível descortinar qual a contribuição de cada um na produção do evento, não podendo este, por isso, deixar de ser imputado àquele como realização conjunta do facto (...)”<sup>798</sup>.

Parece-nos, todavia, abusivo o recurso *in casu* à figura jusprenal da “co-autoria aditiva”. Efectivamente e não tendo sido possível fazer prova da concreta contribuição de cada arguido para a morte da vítima, a imputação a todos eles do resultado típico resulta, fundamentalmente, da convicção já manifestada pelas instâncias judiciais hierarquicamente inferiores - e que o STJ reitera - de um propósito criminoso comum: “Aliás esta evidente intenção – a morte do T... – era o *desiderato final destes arguidos*, atendendo ao facto de depois de o terem agredido violentamente, já morto, o atirarem para o poço mencionado, a fim de se desfazerem dos seus despojos<sup>799</sup>” (o “*itálico*” é nosso). Ou seja: a existência de acordo – expresso ou tácito – não é suficiente para colmatar as dificuldades probatórias no que respeita à concreta actuação dos agentes vinculados a esse acordo permitindo-nos concluir sem mais que todos eles são co-autores.

## 2.º Acórdão do STJ, de 2-5-2007 (Roubo)<sup>800</sup>

Está em causa a prática em co-autoria por vários arguidos (cinco, ao todo) de dois crime de roubo, um agravado, o outro simples. Todavia, a imputação dos factos é feita quase sempre de forma genérica:

“No dia 23 de Março de 2003, pela 1:00 hora, os arguidos, em conjugação de esforços e desígnios, deslocaram-se (...) à residência (...), com intenção de ali entrarem e subtraírem objectos de valor que

<sup>797</sup> Vide, por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 796.

<sup>798</sup> Acórdão do STJ, de 17-2-2011, XIV.

<sup>799</sup> Acórdão do STJ, de 17-2-2011, IX.

<sup>800</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 2 de Maio de 2007 (Proc. n.º 07P1024), relatado por Armindo Monteiro (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 7-7-2012).

pudessem levar consigo (n.º 1 da matéria de facto); aí chegados, um dos co-arguidos tocou à campainha... (n.º 2 da matéria de facto); já no interior da residência, (...) os arguidos perguntaram-lhe: ‘onde está a muamba?’ (n.º 3 da matéria de facto); como o ofendido FF não soubesse responder, um dos co-arguidos desferiu-lhe uma bofetada na cara (n.º 4 da matéria de facto); de seguida, um dos co-arguidos perguntou pelo ‘...’, pelo quarto do ‘...’, pelas câmaras do ‘...’ e pelo material de som do ‘...’ (n.º 5 da matéria de facto); os arguidos, então, de forma concertada, percorreram a casa e subtraíram e fizeram seus, carregando-os para o veículo automóvel onde se fizeram transportar... (n.º 6 da matéria de facto); agiram todos os arguidos em comunhão de esforços, com o intuito de se apoderarem de bens e dinheiro que sabiam não lhes pertencer e que actuavam contra a vontade dos seus donos, que não consentiam aquelas apropriações, fazendo uso da ameaça de armas de fogo para, desse modo, obstar a qualquer resistência por parte dos ofendidos que se encontravam presentes, logrando, dessa forma, atingir mais facilmente os seus intentos” (n.º 7 da matéria de facto).

Assim, um dos co-arguidos alega, no recurso interposto para o STJ, que não é feita prova de “a sua posição como co-autor, já que se lhe não imputa a prática de factos concretos, antes uma imputação genérica, assemelhando-se a uma posição de cumplicidade, que nem essa justifica<sup>801</sup>”.

Entretanto e não obstante afirmar que “na co-autoria, o co-autor é senhor do facto, que domina globalmente, tanto pela *positiva*, assumindo um poder de direcção, na execução conjunta do facto, ou seja, no plano de execução comum, como pela *negativa*, podendo impedi-lo, ainda que não se torne necessária a prática de todos os factos que integram o ‘iter criminis’”, o tribunal *ad quem* – admitindo embora (ao menos, implicitamente) a não imputação de factos concretos ao recorrente: “De certo que não vem individualizada a acção do recorrente, mas também não vem provada qualquer dessolidarização com a acção comum, *que esta não fosse querida por ele*” – confirma, todavia, a intervenção deste arguido a título de co-autoria, na medida em que “a desnecessidade de prova da prática de todos os factos em que se desdobra a acção comum resulta, por um lado, da não exigência da

<sup>801</sup> Acórdão do STJ, de 2-5-2007, par. VII.

lei, depois, da dificuldade de comprovação e por fim da consequência a que levaria, em termos de ineficácia de punição, quando, pela pluralidade de agentes, agudizando a perigosidade e danosidade sociais, mais se justifica<sup>802</sup>” (os “itálicos” são nossos).

Em suma: inadiáveis exigências de política criminal e a manifesta dificuldade em se fazer a prova cabal dos factos levam o STJ a punir como co-autor um determinado agente, ignorando-se a exigência legal: “tomar parte directa na sua execução” (art. 26.º, 3.ª alternativa, CP) e atribuindo-se relevância exclusiva à circunstância desse agente ter actuado em conformidade com o plano previamente acordado (vertente subjectiva). Acontece, porém, que nem aquelas exigências político-criminais nem as aludidas dificuldades probatórias podem justificar a ofensa ao princípio da tipicidade, dimensão fundamental do ditame constitucional *nullum crimen*. Assim, não será apenas porque alguém acorda com outro ou outros a prática de um crime e se faz presente na fase de execução, que deve ser considerado *ope legis* co-autor (ou como afirma um tanto heterodoxamente o tribunal *ad quem*: “um ‘intraneus’ no processo executivo<sup>803</sup>”); não deverá sê-lo, desde logo, se o respectivo contributo não lhe confere o domínio do facto, em termos de se poder dizer com verdadeiro rigor que é autor (*rectior*, co-autor).

### 3.º Acórdão do STJ, de 7-12-2005 (Roubo)<sup>804</sup>

Em 1.ª instância e com intervenção do tribunal do júri, 4 arguidos foram condenados como co-autores de um crime de roubo qualificado praticado contra um casal de idosos. Não tendo sido possível individualizar entre os condenados e um quinto indivíduo não identificado quem agrediu quem e quem se apropriou dos bens e dinheiro das vítimas, excepção feita a um deles que ficou no exterior da moradia, “de atalaia”, o tribunal *a quo* imputou os factos a todos, vindo o STJ a confirmar esta decisão, nos seguintes termos: “E uma vez que cada co-autor age com e através de outros são de imputar a cada co-autor, como próprios, os contributos do outro para o facto, como se ele próprio os tivesse prestado (...). Não tem de, para constatação da comparticipação, (...) descrever-se passo a passo,

<sup>802</sup> Acórdão do STJ, de 2-5-2007, par. VII.

<sup>803</sup> Acórdão do STJ, de 2-5-2007, par. VII (*in fine*).

<sup>804</sup> *Colecção de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Ano XIII (2005), Tomo III, pp. 224 e ss.

pormenorizadamente, a participação detalhada do agente para consecução do resultado comum, *bastando a sua obtenção*, ainda que através de factos instrumentais indistintos, não concretamente individualizados<sup>805</sup>” (o “*itálico*” é nosso). E mais adiante, acrescenta: “Todos concorreram para a praticabilidade do acordo; assiste-se a uma execução conjunta em obediência àquele plano prévio, independentemente de o acórdão não descer a maiores indagações (...). O tribunal deixou implícito que não pôde levar mais longe aquele seu poder de investigação, não individualizou quem privou de liberdade a Damásio e mulher (foram dois deles), os agrediu, se apropriou de dinheiro e bens, *mas a matéria de facto apurada suporta a co-autoria*, e pela configuração dos respectivos elementos é idónea e suficiente à integração do tipo legal de crime imputado, à decisão de direito<sup>806</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

De imediato, duas observações:

- Sendo o “roubo” (art. 210.º, CP) um crime complexo, concorrem no bem jurídico aí tutelado diversas dimensões de valor inerentes ao livre desenvolvimento da personalidade humana (direitos pessoais): para além da propriedade, a vida, a integridade física e a liberdade de decisão e acção. Destarte, o respectivo tipo de ilícito inclui-se na categoria geral de crimes que tutelam bens de carácter, eminentemente, pessoal<sup>807</sup>, seguindo-se daí que “(...) a pluralidade de vítimas – e, consequentemente, a pluralidade de resultados típicos – deve considerar-se sinal seguro da pluralidade de sentidos de ilícito e conduzir à existência de um concurso efectivo<sup>808</sup>”. *In casu* e sendo dois os ofendidos, a intervenção dos co-arguidos deve ser avaliada relativamente aos dois crimes de roubo, efectivamente, cometidos, parecendo-nos nesse sentido manifestamente insuficiente a matéria de facto provada;

- à luz das exigências de tipicidade - que constituem, como dissemos já, uma das dimensões fundamentais do princípio da legalidade criminal -, a desconsideração que o presente aresto parece revelar pela exacta descrição da actividade criminosa de cada um dos arguidos dando maior relevo à vinculação de todos eles a um plano previamente estabelecido (“desde que se prove uma decisão

<sup>805</sup> *Colectânea...* cit., p. 225.

<sup>806</sup> *Colectânea...* cit., p. 226.

<sup>807</sup> *Vide*, por todos, DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 1009.

<sup>808</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 1008.

colectiva em obediência a um plano prévio, que a todos os agentes vincule, inicial ou sucessivamente, por adesão ao plano em marcha ou a uma execução conjunta, resulta definida a co-autoria<sup>809</sup>”) faz-nos recordar a pretérita teoria jurisdicional de o “acordo prévio” a que nos referimos atrás<sup>810</sup>. Teoria esta que GIMBERNAT ORDEIG criticou severamente do seguinte modo:

“Prescindir de avaliar as condutas tal como, realmente, sucederam, é violar o princípio da tipicidade e destruir a garantia que este princípio proporciona ao cidadão. (...) Perante um direito penal concebido dessa maneira nada estaria a salvo: a conduta não precisaria de ser típica para ser punível; bastaria, para impor a pena prevista para um delito, que o tribunal chegasse à conclusão de que o agente teria muito bem podido actuar tipicamente. Para o princípio da legalidade (...) uma tal tese é inaceitável (...). Se o acaso foi a única coisa a determinar que uma pessoa, disposta a tomar parte directa na execução do facto, não o tenha feito, penalmente o acaso salva-a<sup>811</sup>”.

Isto posto e a nosso ver, o STJ deveria ter determinado “o reenvio do processo para novo julgamento” por – tendo em consideração a decisão recorrida - se verificar *in casu* “a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”, vício este que aquele tribunal pode conhecer *ex officio* (cfr., respectivamente, arts. 426.º, n.º 1, 410.º, n.º 2, al. a) e 434.º, todos do CPP).

#### II.2.1.1.4. Co-autoria e certas questões dogmáticas

Já num plano estritamente dogmático, há acórdãos do STJ cuja análise suscita certas questões que nos parecem relevantes. São exemplo disso mesmo os seguintes arestos:

##### 1.º Acórdão do STJ, de 9-6-2011 (Homicídio)<sup>812</sup>.

---

<sup>809</sup> *Colectânea...* cit., p. 225.

<sup>810</sup> *Vide* o que se diz acima sobre a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII), *in* Parte Terceira, capítulo I, par. I.1.1.1. da nossa investigação.

<sup>811</sup> Citado em português a partir de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. cit., pp. 62 e s.

<sup>812</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5.ª Secção, de 9 de Junho de 2011 (Proc. n.º 4095/07.8TPPRT.P1.S1, relatado por Isabel Pais Martins (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 13-6-2012).

Em virtude da limitação constante do artigo 400, n.º 1, al. f), CPP<sup>813</sup> - aplicável *ex vi* artigo 432.º, n.º 1, al. b), CPP<sup>814</sup> - o STJ, de entre a panóplia de crimes praticados, só pode conhecer (de direito) do crime de homicídio qualificado cometido por todos os arguidos (4), em co-autoria, de que resultou a morte de GG:

“No caso de concurso de crimes e verificada a ‘dupla conforme’, sendo aplicada ao recorrente várias penas pelos crimes em concurso, penas que, seguidamente, por força do disposto no artigo 77.º do CP, são unificadas numa pena única, haverá que verificar quais as penas superiores a 8 anos e só quanto aos crimes punidos com tais penas e/ou quanto à pena única superior a 8 anos é admissível o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça<sup>815</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

Dentro destes limites legalmente impostos à cognição do tribunal *ad quem*, interessa-nos apenas a seguinte facticidade dada como provada (os “*itálicos*” são nossos):

Quatro indivíduos, munidos, cada um deles, de uma arma de fogo, apercebendo-se que as vítimas se encontravam numa posição favorável para dispararem sobre elas e que iriam apanhá-las desprevenidas e incapazes de reagir, aproximaram-se destas e “acto contínuo, todos eles, *em conjugação de esforços e intenções*, (...) efectuaram disparos, de forma intensa e sequencial, na direcção de FF (...) e de GG” (respectivamente, ns.º 108, 116 e 122 da matéria de facto). Assim, “*um dos projecteis provenientes desses disparos atingiu GG na região frontal direita da cabeça*”, tendo este caído “de imediato no chão, na via pública” (respectivamente, ns.º 124 e 125 da matéria de facto). Seguidamente e “quando perceberam que já haviam tirado a vida a GG e que os restantes indivíduos que o acompanhavam haviam logrado fugir ou esconder-se”, os arguidos AA, CC, BB e DD introduziram-se no veículo em que se tinham feito transportar e abandonaram, rapidamente, o local do crime (n.º 134 da matéria de facto).

<sup>813</sup> Diz o art. 400.º, n.º 1, al. f), CPP: “Não é admissível recurso de acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de 1.ª instância e apliquem pena de prisão não superior a 8 anos”.

<sup>814</sup> Segundo o art. 432.º, n.º 1, al. b), CPP, “Recorre-se para o Supremo Tribunal de Justiça de decisões que não sejam irrecorríveis proferidas pelas relações, em recurso, nos termos do artigo 400.º”.

<sup>815</sup> Acórdão do STJ, de 9-6-2011, II, par. 3.1.



Assim e se, por um lado, é feita prova da existência de um acordo prévio entre todos os arguidos visando a eliminação física de FF e GG e de que todos eles na execução desse acordo efectuaram disparos na direcção das vítimas (n.º 122 da matéria de facto), por outro, não se demonstra qual deles atingiu GG com o projectil que provocou as lesões crânio-encefálicas que foram causa directa e necessária da sua morte imediata (n.º 124 da matéria de facto). Diz a este respeito García Conlledo:

“Procurar resolver os problemas de prova construindo uma co-autoria de todos os comparsas não é um procedimento adequado; afirmar que todos são co-autores porque *ex ante* estavam todos na mesma posição de domínio será, porventura, confundir domínio real com domínio potencial, e poder dominar não é, em definitivo, a mesma coisa que dominar<sup>816</sup>”.

Está, afinal, em causa a seguinte questão: no quadro da teoria do domínio do facto e sem prejuízo do carácter restritivo que essa teoria atribui ao conceito de autoria, até onde se pode afirmar que há autoria e não participação *stricto sensu*? Questão esta que - não se revestindo de um interesse puramente teórico ou meramente académico<sup>817</sup> - julgamos que o STJ deveria ter esclarecido no presente aresto face às divergências doutrinárias que a problemática da chamada “co-autoria aditiva” suscita.

Sustentando que os co-autores são autores porque cada um deles detém o “domínio do facto funcional”<sup>818</sup>, Roxin faz depender este domínio – e, portanto, a existência de co-autoria – da verificação dos seguintes pressupostos: 1) acordo de vontade entre todos os intervenientes a respeito da execução do facto e das suas consequências (plano comum), podendo esse acordo ser expresso ou tácito, prévio ou simultâneo; 2) essencialidade da contribuição do co-autor para o êxito do plano comum, de tal sorte que é através do respectivo comportamento funcional que “se

---

<sup>816</sup> Citado em português a partir de GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y. “Coautoría alternativa y coautoría aditiva: autoría o participación?”, em *Política criminal y nuevo derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 314.

<sup>817</sup> De acordo com a nossa lei penal, ao cúmplice é aplicada “a pena fixada para o autor, especialmente atenuada” (cfr. art. 27.º, n.º 2, CP).

<sup>818</sup> Diz ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p. 310: “Se tivesse de expressar com um lema a essência de a co-autoria (...) caberia falar num domínio do facto ‘funcional’, isto é, determinado pela atividade, uma vez que o domínio conjunto do indivíduo resulta, agora, da função que desempenha no quadro do plano comum” (citado em português a partir da tradução espanhola).

mantém ou vem abaixo o empreendido<sup>819</sup>”; 3) intervenção na fase executiva, na medida em que “não é possível afirmar que alguém cuja participação se esgota na fase preparatória pode realmente ‘dominar’ o decurso do acontecimento. Se o outro actua livre e autonomamente, aquele participante está dependente no que respeita à execução da iniciativa, decisões e configuração do facto do executor directo<sup>820</sup>”. Destarte, “só o agente que toma parte na execução pode deter o domínio do facto como co-autor<sup>821</sup>”. Entende, por outro lado, o juspenalista alemão que estes pressupostos se verificam, também, nos casos de “co-autoria aditiva”, desde que – como se impõe – a intervenção dos diversos co-autores não seja avalida *ex post*, mas, sim, segundo um juízo *ex ante*<sup>822</sup>.

Diversamente, Herzberg (a quem se deve o conceito de “co-autoria aditiva”) questiona a “essencialidade” da contribuição de cada agente para a produção do resultado, *maxime* nas hipóteses em que sendo muitos os intervenientes directos (o autor dá o exemplo de 20 indivíduos que disparam, simultâneamente e de acordo com o plano previamente traçado, na direcção da vítima para assegurar o êxito do empreendimento, vindo esta a morrer mas apenas em virtude das lesões causadas por parte dos projecteis deflagrados) resulta, necessariamente, problemático afirmar que sem a acção de um desses intervenientes o objectivo não seria alcançado. De qualquer modo e apesar de sustentar que nestes casos não se pode falar em “domínio funcional do facto”, o jurista citado acaba por concluir a favor da co-autoria *ex vi* & 25.2. StGB, que constitui em si uma causa de extensão da tipicidade no que respeita às condutas que evidenciam “igual escalão” na consumação do respectivo ilícito da Parte Especial (“Se vários executarem o facto mancomunadamente...”<sup>823</sup>).

---

<sup>819</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p. 311. Diz, porém, ROXIN, Claus (*ibidem*, p. 314): “Trata-se de ‘um princípio regulativo’: o conceito de ‘importância essencial’ carece em si mesmo de conteúdo apreensível. Só tem o sentido de possibilitar ao juiz que, apoiando-se na ideia básica material da dependência funcional, encontre uma solução que satisfaça as particularidades do caso concreto”.

<sup>820</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p. 325.

<sup>821</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p. 331.

<sup>822</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., pp. 737 e s.

<sup>823</sup> Vide nota de rodapé n.º 32.

Já García Conlledo – sublinhando a dimensão positiva do domínio do facto<sup>824</sup> - afirma que só é co-autor quem toma parte na realização conjunta da acção típica nuclear (isto é, “aquela que se confronta mais directamente com a proibição ou o mandado contido na norma penal típica, ideia esta que é possível formular de diversos modos: a que realiza mais directamente o ilícito típico, a que a lei tenha uma necessidade mais peremptória (urgência) de impedir, a que de modo directo (que não significa imediato) lese ou coloque em perigo (perigo tipicamente descrito) o bem jurídico protegido, etc...”<sup>825</sup>). Assim e à luz do que diz ser “um conceito autenticamente restritivo de autor”, o sobredito penalista espanhol afasta-se do critério roxiniano do “domínio funcional” que a seu ver não assegura suficientemente a “essencialidade” da contribuição do co-autor para a realização do facto: “o que realiza uma prestação essencial não consegue mais do que evitar que o facto se detenha (mais que um poder sobre o ‘se’ do facto, possui um poder sobre o ‘não’, sobre a ‘não produção’ do mesmo). Porém, por muito que se empenhe, através da sua actuação não pode decidir positivamente a realização típica (...)”<sup>826</sup>. Consequentemente, tratando-se da “co-autoria aditiva” Conlledo nega que exista aí verdadeira co-autoria: “converter todos os agentes em co-autores com base na igual necessidade *ex ante* das respectivas condutas ou em virtude do seu carácter de acções de igual escalão, parece-me um expediente incorrecto para solucionar dificuldades probatórias; autor (ou co-autor) será apenas quem tiver dominado positivamente o facto (...)”<sup>827</sup>.

*Quid iuris?* Tendo sido feito prova da existência de um acordo ou plano prévio entre os arguidos tendo em vista o assassinio das vítimas (uma das quais veio, efectivamente, a morrer), a imputação recíproca do resultado “morte” será função unicamente daqueles terem ou não tomado parte directa na execução do respectivo crime. É dizer que está, afinal, em causa o conceito de execução que a nossa lei penal subscreve, conceito esse que, em nossa opinião, não poderá ser outro senão aquele que está subjacente à descrição constante do art. 22.º, n.º 2,

---

<sup>824</sup> Diz GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y. *La autoría en derecho penal*. cit., p. 532 que apenas é autor quem “domina ou determina de um modo objetivo e positivo (imediatamente, por intermédio de outrem ou conjuntamente com outros) o decurso do acontecimento criminoso”.

<sup>825</sup> GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y. *La autoría en derecho penal*. cit., p. 532.

<sup>826</sup> GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y. “Coautoría alternativa y coautoría aditiva: autoría o participación?”. cit., p. 315.

<sup>827</sup> GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y. *La autoría en derecho penal*. cit., p. 687.

CP<sup>828</sup>: atribuir à palavra “execução” sentidos normativos distintos consoante se trate de a “tentativa” (art. 22.º) ou de a “autoria” (art. 26.º) equivalerá a introduzir no âmbito do mesmo capítulo dedicado às “formas do crime” (Cap. II, do Título II, do Livro I “Parte Geral”) uma diferença semântica contrária às exigências de certeza ou determinabilidade ínsitas no princípio *nullum crimen*<sup>829</sup>.

As alíneas a) e b) do referido art. 22.º, n.º 2, não suscitam dificuldades de maior: a primeira diz respeito aos actos que integram a descrição típica dos ilícitos da Parte Especial, a segunda àqueles outros actos que, tratando-se de delitos materiais de execução não vinculada, se revelam num juízo *ex ante*, de prognose póstuma, adequados à imediata produção do resultado típico. Todavia, a terceira e última alínea não será de interpretação linear: Figueiredo Dias faz apelo a uma ideia de “conexão de perigo típico”, verificando-se esta quando, por um lado, o acto “**antecede imediatamente**, sem solução de continuidade *substancial e temporal*, o acto cabido nas als. a) ou b)<sup>830</sup>” (conexão de perigo) e, por outro, “penetra já no âmbito de protecção do tipo de crime<sup>831</sup>”; Fernanda Palma - sustentando que “actos executivos são os que afectam a esfera de protecção do bem jurídico tipicamente protegido<sup>832</sup>” – parece privilegiar a “conexão típica”, a expensas da “conexão de perigo”. Por outro lado e no entender desta autora, a conjugação da fórmula do art. 22.º, n.º 2, com as regras de punibilidade da “tentativa impossível” (art. 23.º, n.º 3)<sup>833</sup> imporá (sob pena de “contradição sistémica insanável”) que se prescinda de “uma lógica de causalidade efectiva e de perigo existencial” definindo o início da execução “por uma aparência, *ex ante*, da idoneidade ou da previsibilidade de sucessão de actos idóneos<sup>834</sup>”; Cavaleiro de Ferreira atribui ao plano concreto do agente uma relevância decisiva na determinação dos actos de execução: “o acto

<sup>828</sup> Segundo o art. 22.º, n.º 2, CP, “São actos de execução: a) os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou c) os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores”.

<sup>829</sup> Vide VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Início da tentativa do co-autor*. cit., pp. 176 e ss., ainda que esta Autora sustente que o artigo 22.º, CP, está redigido a pensar na autoria singular.

<sup>830</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 706.

<sup>831</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 707.

<sup>832</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 139 e s.

<sup>833</sup> Em conformidade com o art. 23.º, n.º 3, CP, “A tentativa não é punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial à consumação do crime”.

<sup>834</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em direito penal*. cit., p. 149.

incoactivo da execução é o acto inicial da execução projectada, do plano do crime, e este constitui objectivo do dolo<sup>835</sup>”. Assinala ainda que “característica da noção de execução é a sua idoneidade para consumar o crime<sup>836</sup>” (ou seja, “idóneos são os actos de execução, no seu conjunto, portadores de perigo objectivo para o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora do crime consumado<sup>837</sup>”). Em terceiro lugar e no que respeita em particular à alínea c), o mesmo juspenalista português esclarece: “Os actos a que se refere a al. c) terão de submeter-se à noção de actos de execução da al. b), isto é, terão de ser actos idóneos; mas a execução é um facto concreto e este abrange o que é efectivamente indispensável para produção do resultado. Os actos que *formalmente* antecedem ou acompanham a execução na sua definição legal, mas *em concreto* são absolutamente necessários para a efectiva execução, integram-se na execução, fazem parte da execução<sup>838</sup>”; Conceição Valdágua (pensando, sobretudo, na co-autoria) considera que o início da execução a que se refere a alínea c) será função, por um lado, do plano comum acordado entre os co-autores e, por outro, de o agente, logo a seguir ao primeiro acto - que, isoladamente, analisado seria ainda de cumplicidade – praticar, ao menos, outro subsumível nas alíneas a) e/ou b)<sup>839</sup>.

Somos de outra opinião que fundamentamos na letra da lei, atendendo ainda à posição doutrinária subscrita pelo Autor do ProjPG – Eduardo Correia – cuja proposta legislativa (art. 22.º, ns.º 1 a 3<sup>840</sup>) o CP vigente reproduz quase *ipsis verbis*. Assim, o ilustre Professor de Coimbra escreve nas suas “lições” referindo-se à alínea c) *sub judicio* que “duvidoso é saber se, para este juízo de previsibilidade deve também entrar-se em linha de conta com o plano do agente e com a sua personalidade. Parece que o recurso a tais circunstâncias só pode admitir-se *suposto um acto que, em si e abstraindo da pessoa que o pratica, possa deixar prever num mínimo que se lhe sigam condutas típicas*<sup>841</sup>” (o “itálico” é nosso). Posição doutrinária esta que é próxima da sustentada por Fernanda Palma quando elege –

<sup>835</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal* – I. cit., p. 406.

<sup>836</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal* – I. cit., p. 407.

<sup>837</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal* – I. cit., p. 409.

<sup>838</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal* – I. cit., p. 414.

<sup>839</sup> VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Início da tentativa do co-autor*. cit., pp. 179 e ss.

<sup>840</sup> Estatui o art. 22.º, ProjPG: “São actos de execução aqueles que: 1.º preenchem um elemento constitutivo de um tipo legal de crime; 2.º são idóneos a causar o resultado nele previsto; 3.º segundo a experiência comum e salvo um caso imprevisível, são de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos do tipo indicado nos ns.º 1.º e 2.º deste artigo”.

<sup>841</sup> CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal* – II. cit., p. 230/ nota 1.

como referimos acima – “a aparência *ex ante*” como critério autónomo de identificação do início da execução.

Também em nosso entender estes actos de execução mais prematuros devem evidenciar na perspectiva de um observador externo, *hipotético*, que conheça o decurso causal da acção criminosa e as respectivas circunstâncias gerais, uma conexão de perigo com sentido objectivo-social (perigo *aparentemente* relevante) por referência ao bem juspenalmente protegido. Se, temporalmente, a antecedência desses actos incoactivos face aos actos formais e/ou idóneos deve ser mais ou menos imediata, tal dependerá em certo sentido da particular forma de autoria em causa: o início da execução será ou poderá ser mais prematuro quanto maior for a supremacia ou capacidade de supra-determinação do respectivo agente perante o(s) executor(es) directo(s). É dizer essa antecedência é ou pode ser mais dilatada na autoria mediata comparativamente à co-autoria ou autoria material em que deve ser imediata. Damos, pois, razão a Fernanda Palma quando afirma que “a proximidade temporal não é apenas marcada por um tempo naturalístico (um tempo dos relógios), mas por um tempo que integra uma lógica de unidade entre actos, continuidade e sequência”<sup>842</sup>.

Centrando-nos, agora, na factualidade *sub judice*, quer-nos parecer que o acto de disparar em direcção da vítima (n.º 122 da matéria de facto) é subsumível na al. b): “os que forem idóneos a produzir o resultado típico”. Por outro lado, tal acto dá, *abstractamente* (isto é, *ex ante*), ao respectivo agente, não apenas o domínio negativo do facto (não o praticando, inexistente consumação), como o domínio positivo desse mesmo facto (praticando-o, há consumação): se *in concreto* (isto é, *a posteriori*) ambos ou um desses domínios não se verificam relativamente a algum ou alguns dos intervenientes, a razão dessa não verificação será objectiva e subjectivamente irrelevante não servindo, conseqüentemente, para desqualificar dogmaticamente a intervenção do respectivo executor. Assim, tendo sido feita a prova que todos os arguidos dispararam, todos eles são autores (*rectior*, co-autores) do facto.

Há, porém, outra dificuldade: não tendo sido possível provar quem, concretamente, causou a morte da vítima, parece não restar outra alternativa senão condenar todos os arguidos como autores materiais de um crime de homicídio

<sup>842</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em direito penal*. cit., pp. 143 e s.

qualificado, na forma tentada. Mas aí releva o acordo, cuja existência, tendo sido provada, nos permite imputar a morte que um deles indubitavelmente causou a todos os agentes (executores), a título de co-autoria consumada: havendo decisão conjunta e tendo cada um tomado parte directa na execução, verifica-se a imputação recíproca do resultado típico respondendo o executor parcial (co-autor) pela totalidade do delito (domínio funcional do facto).

Em suma: neste caso concreto que Herzberg reconduz à figura dogmática da “co-autoria aditiva” há, em nossa opinião, verdadeira co-autoria, à luz da teoria de o “domínio do facto”: não só objectivamente as respectivas participações não se diferenciam (todas elas integram a execução), como subjectivamente se equivalem (todas elas evidenciam igual dolo do tipo). Consequentemente, o facto punível surge-nos como uma unidade de sentido objectiva-subjectiva<sup>843</sup>.

2.º Acórdão do STJ, de 26-1-2011 (Infracção de regras de construção)<sup>844</sup>

Apesar de restrito à parte cível, o presente recurso para o STJ interessa à dilucidação da problemática da co-autoria nos crimes negligentes. É que - como se diz no acórdão em análise - “os factos estruturantes da acção penal sustentam, nessa exacta medida, os pressupostos da obrigação de indemnizar (...)”<sup>845</sup>. A factualidade *sub judicio* é a seguinte:

O arguido BB - enquanto procedia à preparação ‘de um tiro de levante’ para extracção de pedra numa pedreira e após ter enchido um furo numa pedra com cerca de 100 a 200 gramas de pólvora (n.º 14 da matéria de facto) - “afastou-se daquela zona, para limpar as mãos, sem atear o rastilho” (n.º 15 da matéria de facto), não se tendo apercebido que outros dois trabalhadores se aproximaram “do local onde o tiro estava preparado, sem capacete e sem máscara” (n.º 17 da matéria de facto); nessa altura e quando estes últimos trabalhadores se encontravam a uma distância de cerca de 5 metros do referido local de tiro, “deu-se uma violenta

---

<sup>843</sup> Referindo-se à teoria do “domínio do facto”, diz DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 766 que “assim se revela e concretiza a procurada *síntese*, que faz surgir o facto como unidade de sentido objectiva-subjectiva: ele aparece, numa sua vertente como obra de uma *vontade* que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma contribuição para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado objetivo”.

<sup>844</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 26 de Janeiro de 2011 (Proc. n.º 357/03.1GBMCN.P1.S1, relatado por Armindo Monteiro (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 5-6-2012).

<sup>845</sup> Acórdão do STJ, de 26-1-2011, V.

explosão que os atingiu, projectando pedra, gravilha e estilhaços contra os corpos destes” (n.º 17 da matéria de facto). O sobredito arguido BB e os co-arguidos AA e CC são sócios gerentes da sociedade que procedia à extracção de pedra numa pedreira pertencente a outra empresa executando um contrato de prestação de serviços celebrado com esta última<sup>846</sup>.

O tribunal colectivo condenou os três arguidos como autores materiais por negligência de um crime agravado pelo resultado de “infracção de regras de construção, dano em instalações e perturbação de serviços” p. e p. pelos arts. 277.º, ns.º 1, al. b), 2.ª parte e 3, e 285.º, ambos do CP<sup>847</sup>, tendo esta condenação sido confirmada pela Relação.

Circunscrevendo-nos à questão dogmática respeitante à qualificação jurídico-penal da intervenção dos agentes no facto punível, o STJ afirma sustentando-se na doutrina defendida por dois penalistas portugueses – Germano Marques da Silva e Cavaleiro de Ferreira – que “o resultado danoso, em princípio, é só imputável a quem desencadeou a acção material, mas se esse resultado for previsível e evitável por outros, *pode ocorrer uma co-autoria negligente, se o resultado for devido a uma acção conjunta, por via de uma conjugação de vontades (...)*”<sup>848</sup>.

Efectivamente, diz Germano Marques da Silva:

“Nada impede que duas pessoas acordem na prática de determinado facto, mas porque ambos não tomaram o cuidado objectivamente devido para evitarem a realização de um facto típico, podendo fazê-lo, ambos responderão como co-autores do crime efectivamente cometido em resultado da actuação de ambos. Tenha-se em conta que o acordo dos

<sup>846</sup> Esta matéria de facto respeitante à celebração de um contrato de prestação de serviços entre as duas empresas foi alterada e fixada, em definitivo, pela Relação (cfr. ns.º 3 e 12 da matéria de facto).

<sup>847</sup> Estatui o art. 277.º, n.º 1, al. b), 2.ª parte, CP: “Quem infringindo regras legais, regulamentares ou técnicas, omitir a instalação de aparelhagem ou outros meios existentes em local de trabalho e destinados a prevenir acidentes, e criar deste modo perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, é punido com pena de prisão de um a oito anos”. Por sua vez, o n.º 3, deste mesmo artigo, dispõe: “Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”. Finalmente, o art. 285.º, CP, sob a epígrafe “agravação pelo resultado”, prevê: “Se dos crimes previstos nos artigos 272.º a 274.º, 277.º, 280.º, ou 282.º a 284.º resultar morte ou ofensa à integridade física grave de outra pessoa, o agente é punido com a pena que ao casos caberia, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo”.

<sup>848</sup> Acórdão do STJ, de 26-1-2011, VII.



agentes recai sobre a acção perigosa e isso não pressupõe a consciência do risco concreto de lesão<sup>849</sup>”.

Parece-nos, todavia, que o acordo só terá relevância dogmática quando permita em virtude da sua própria existência a imputação recíproca do(s) acto(s) de execução praticado(s) por cada co-autor. Ora, tratando-se de um crime negligente, *só e apenas* é autor quem realiza a acção (ou omissão) legalmente prevista que viola o dever objectivo de cuidado, independentemente de haver ou não acordo de vontades. Destarte e sendo dois ou mais os agentes, sobra apenas a “autoria paralela” que se traduz – como dissemos já – no facto de duas ou mais pessoas, independentemente uma(s) da outra(s), levarem a cabo com a sua actuação a mesma realização típica e é, aliás, subsumível, como, também, afirmámos, na 3.<sup>a</sup> alternativa, 2.<sup>a</sup> parte, do art. 26.º, CP (“ou juntamente com outro ou outros”).

Em todo o caso, Germano Marques da Silva fala-nos ainda de uma “co-autoria paralela” designando-a, também, por “autoria paralela” e dando como exemplo uma situação fáctica que se aproxima da apreciada neste aresto. Assim, escreve o ilustre Professor: “Consideremos um acidente de trabalho em que o administrador ou representante da empresa elaborou um plano de segurança insuficiente. Um trabalhador, actuando também com falta de cuidado acaba por realizar com a sua conduta um facto típico, v. g. causando a morte de um outro trabalhador. A morte deste trabalhador pode ser imputada quer ao agente que elaborou o plano de segurança defeituoso, quer ao trabalhador que imediatamente provocou a morte do companheiro, se se puder imputar às deficiências do plano o evento realizado, ou seja, se se verificar que se o plano tivesse sido elaborado como devia o evento não ocorreria. Estamos perante um caso de autoria paralela<sup>850</sup>”.

Também na situação *sub judice* AA e CC, sócios gerentes da empresa de extracção da pedra, respondem criminalmente por - desrespeitando as regras regulamentares aplicáveis àquela actividade<sup>851</sup> - não terem elaborado um plano de segurança (que deveria prever, entre outras matérias, um perímetro de protecção à área de carregamento de fogo) nem fornecido gratuitamente aos trabalhadores capacetes de protecção, criando, destarte, perigo para a vida ou a integridade física

---

<sup>849</sup> SILVA, Germano Marques. *Direito penal português – II (Teoria do crime)*. 2.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Editorial Verbo, 2005, p. 293.

<sup>850</sup> SILVA, Germano Marques. *Direito penal português – II (Teoria do crime)*. cit., p. 294.

<sup>851</sup> Regulamento Geral de Segurança e Higiene no Trabalho das Minas e Pedreiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 162/90, de 22 de Maio.

de empregados e terceiros (como veio a suceder com os ofendidos) “que não previram, como podiam e deviam ter previsto” (n.º 36 da matéria de facto). Quanto a BB – que, para além de sócio gerente da referida sociedade, era empregado desta, exercendo as funções de carregador de fogo – a sua responsabilidade penal é ainda maior, na medida em que “omitiu os deveres de cuidado que lhe estavam impostos em razão das suas funções e ofício” (n.º 32 da matéria de facto) causando imediatamente ofensa à integridade física grave de dois outros trabalhadores. Afirma o tribunal *ad quem* que a co-responsabilidade (co-autoria) dos sócios AA e CC “não é afastada pelo simples facto de se dizer que (...) BB era sujeito de deveres específicos por força dos conhecimentos especiais de que era portador, porque o que se quis significar foi que o grau de censura a endereçar-lhe por via de ser portador de licença para manusear explosivos e cédula de operador de substâncias explosivas, reflectido, desde logo, na medida concreta da pena, era maior *e não já que aqueles deveres, se por ele cumpridos, o perigo poderia ter sido excluído e o dano teria sido evitado*<sup>852</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

Ou seja: a autoria paralela (que preferimos à designação “co-autoria paralela”) imprudente pressupõe somente a violação pelos respectivos agentes do dever objectivo de cuidado a que cada um deles, “segundo as circunstâncias”, está obrigado (cfr. art. 15.º, CP). Neste sentido e reiterando o dito atrás, são autores – mas não co-autores – *todos e apenas todos* os que realizam a acção (omissão) contrária àquele dever, sendo o resultado típico imputável a cada um deles em virtude, exclusivamente, da sua própria conduta.

### 3.º Acórdão do STJ, de 18-12-2002 (Tráfico de estupefacientes)<sup>853</sup>

A presente decisão judiciária evidencia particular interesse no que respeita à delimitação do conceito de co-autoria quando posto em confronto, respectivamente, com as seguintes entidades de carácter criminal: “associação criminosa” e “bando”.

<sup>852</sup> Acórdão do STJ, de 26-1-2011, VII (*in fine*). Anote-se, porém, que a teoria do domínio do facto é inaplicável tratando-se de crimes por omissão, ao contrário do que parece sugerir o STJ quando afirma: “O domínio do facto está ligado ao poder de praticar ou deixar de praticar o facto” (*ibidem*, VII).

<sup>853</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 18 de Dezembro de 2002 (Proc. n.º 02P3217), relatado por Lourenço Martins (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 30-5-2012).

Neste sentido, são especialmente relevantes os seguintes factos dados como provados:

“Com a sua descrita actuação, o ‘A’ levou a que se constituísse um grupo de pessoas, entre os quais se contava ele próprio, e os arguidos ‘C’ e ‘B’ que actuando concertadamente e em comunhão de esforços e intentos, se vinham dedicando, reiterada e continuamente, à sobredita actividade de aquisição, transporte, manipulação, armazenamento e revenda de heroína e cocaína (n.º 84 da matéria de facto); os proventos monetários resultantes de tal actividade eram geridos pelo arguido ‘A’, que determinava quais os investimentos a fazer na aquisição de mais produtos estupefacientes, e com a arguida ‘B’ recebiam e guardavam o dinheiro proveniente das vendas e, como compensação pela sua participação nas mesmas, pagavam quantias em dinheiro aos demais, sendo, igualmente, o ‘A’ quem determinava os preços de venda de tais produtos, onde e quando se abasteceriam dos mesmos, a quem os vendiam e onde eram guardados, assim financiando aquela actividade e assumindo a liderança de tal grupo (n.º 85 da matéria de facto); por seu turno, o ‘C’ aderiu a tal grupo, passando a actuar concertadamente e em conjugação de esforços e intentos na descrita actividade de tráfico de produtos estupefacientes liderada e financiada pelo arguido ‘A’, com a descrita colaboração da arguida ‘B’ (n.º 86 da matéria de facto); ao actuarem pela forma descrita, em conjugação de esforços e intentos, lograram o ‘A’ e os arguidos ‘B’ e ‘C’, atentas as quantidades de produtos estupefacientes por eles transaccionadas, distribuir tais produtos por grande número de pessoas, com o que obtiveram e queriam continuar a obter avultada compensação remuneratória” (n.º 87 da matéria de facto).

Tendo por base esta factualidade o tribunal *a quo* considerou existir, entre outros, um crime de “associação criminosa” condenando ‘B’ e ‘C’ como co-autores desse crime<sup>854</sup>. Diversamente, o STJ afasta a verificação de tal infracção admitindo apenas que os agentes em causa actuaram como membros de um “bando”. Assim e reiterando jurisprudência anterior<sup>855</sup>, o tribunal *ad quem* afirma:

---

<sup>854</sup> Não se refere ‘A’, na medida em que, tendo os arguidos ‘B’ e ‘C’ requerido a intervenção do júri, aquele foi julgado em processo separado (cfr. art. 30.º, n.º 2, CPP).

<sup>855</sup> Designadamente, Acórdão do STJ, de 8-1-98; disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (sumário).

“Enquanto na co-autoria ou comparticipação existirá um acordo conjuntural para a comissão de determinado crime concreto, na verdadeira associação criminosa haverá um projecto estável para a realização da finalidade de praticar crimes de certa natureza em número ainda não determinado”. E mais adiante: “A associação criminosa distingue-se da comparticipação pela estabilidade e permanência que a acompanha, embora o fim num e noutro instituto possa ser o mesmo. Mas o elemento distintivo fundamental da associação criminosa em relação à comparticipação reside na estrutura nova que se erige, uma estrutura autónoma e superior ou diferente dos elementos que a integram e que não aparece na comparticipação. Este centro autónomo de imputação é algo de diferenciado dos restantes elementos que se organizam para a prática, ainda que reiterada, de vários crimes. É mais que a actuação conjunta de várias pessoas<sup>856</sup>”. Finalmente e depois de apontar um curioso critério prático proposto por Figueiredo Dias para confirmar a existência ou não de uma associação criminosa<sup>857</sup>, conclui-se: “Entendemos, no caso dos autos, não estarem reunidos os elementos do tipo de ilícito e o elemento subjectivo que apontem para a configuração do crime de associação criminosa (...)”<sup>858</sup>.

Já quanto à figura criminológica de o “bando” diz-se, retomando a exposição de Acórdão anterior<sup>859</sup>:

“A figura do bando visa abarcar aquelas situações de pluralidade de agentes actuando ‘de forma voluntária e concertada, em colaboração mútua, com uma incipiente estruturação de funções’, que embora mais graves – e portanto mais censuráveis – do que a mera co-autoria ou comparticipação criminosa, não são de considerar verdadeiras associações criminosas, por nelas inexistir ‘uma organização

<sup>856</sup> Acórdão do STJ, de 18-12-2002, III, par. 5.1.

<sup>857</sup> É esse critério o seguinte: “Um bom critério *prático* residirá aliás em o juiz não condenar nunca por associação criminosa, à qual se impute já a prática de crimes, sem se perguntar primeiro se condenaria igualmente os agentes mesmo que nenhum crime houvesse sido cometido e sem ter respondido afirmativamente à pergunta” [DIAS, Jorge de Figueiredo. “Associação criminosa”, em DIAS, Jorge de Figueiredo (org.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial (Tomo II)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 1158].

<sup>858</sup> Acórdão do STJ, de 18-12-2002, III, par. 5.3.

<sup>859</sup> Acórdão do STJ, de 18-12-97, estando o respectivo sumário disponível em [www.stj.pt](http://www.stj.pt). (“Sumários de Acórdãos”/Secção Criminal – 1997, pp. 415 e s.).

perfeitamente caracterizada, com níveis e hierarquias de comando e com uma certa divisão e especialização de funções de cada um dos seus componentes ou aderentes””.

Assim e tendo em consideração os factos provados acima descritos, o STJ decide que “(...) estamos em presença da figura do bando a que se refere a alínea j) do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 15/93<sup>860</sup>”.

Convém, todavia, anotar que tratando-se do crime de associação criminosa está-se perante um conceito alargado (*rectior*, um “conceito unitário funcional”<sup>861</sup>) de autoria assente numa ideia de causalidade: é autor quem dá causa ao facto ainda que possa ser diversa a forma concreta da respectiva intervenção: isto é, há “autor promotor”, “autor fundador”, “autor colaborador”, “autor aderente”, etc. Em todo o caso e porque a gravidade dessas diversas formas de intervenção não é a mesma, a pena abstracta aplicável varia também: segundo o artigo 28.º, Dec.-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, a moldura penal é mais leve (5 a 15 anos) caso o autor se limite a “prestar colaboração, directa ou indirecta, aderir ou apoiar” a associação criminosa, mais “pesada” (10 a 25 anos) se “promover, fundar ou financiar” essa associação criminosa, e ainda mais agravada (12 a 25 anos) na hipótese do autor a “chefiar ou dirigir” (cfr., respectivamente, ns.º 2, 1 e 3 do sobredito artigo). É que a problemática da autoria não se confunde com a relativa à pena aplicável, na medida em que, diversamente da primeira que se conexiona, fundamentalmente, com a existência ou não de “acessoriedade” entre as várias participações criminosas num mesmo facto, a segunda releva, sobretudo, de critérios de proporcionalidade (merecimento e necessidade de pena)<sup>862</sup>.

Posto o que se não faz sentido pelas razões aduzidas afirmar que dois ou mais agentes são co-autores do crime de associação criminosa (caso preencham uma das modalidades de intervenção previstas no respectivo tipo de ilícito, todos eles são simplesmente autores), já será acertado concluir pela verificação de co-autoria quando duas ou mais pessoas actuem como membros de um “bando”. Trata-

---

<sup>860</sup> Acórdão do STJ, de 18-12-2002, III, par. 6. *Vide* Acórdão do STJ, de 15-12-2011, analisado acima (Parte I, capítulo I).

<sup>861</sup> O “conceito unitário funcional” de autoria distingue-se de o “conceito unitário formal” de autoria, na medida em que, diferentemente do que se verifica neste último, naquele primeiro descrevem-se as distintas modalidades de autoria conducentes à prática do facto.

<sup>862</sup> Neste sentido, também GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz. *La autoría en derecho penal*. cit., pp. 191 e ss. Assim, diz-se: “A decisão sobre a questão de saber se as diferenças valorativas são suficientemente significativas para justificar o estabelecimento de diversas penas abstractas (...) é totalmente distinta da decisão sobre quem é autor, isto é quem responde autonomamente” (p. 192).

se neste último caso de uma simples “agravante” que em nada contende com a estrutura participativa do específico tipo de crime (v.g., alguém que se limita a determinar outrem à venda reiterada de droga pode ser condenado como membro de bando, independentemente da sua qualidade de instigador).

#### 4.º Acórdão do STJ, de 10-7-2002 (Rapto)<sup>863</sup>

Em conformidade com o n.º 20 da matéria de facto dada como provada, “os arguidos decidiram então, *de comum acordo*, esconderem naquele local o António Pinto até que amanhecesse, *nem que para isso tivessem de usar novamente de violência física para o manter imobilizado*, altura em que tentariam obter, em troca da sua libertação, o pagamento da referida dívida, contactando, para esse efeito, algum dos seus familiares<sup>864</sup>” (o “*itálico*” é nosso). Está em causa a prática por dois agentes de um crime de rapto de que resulta a morte da vítima em virtude das ofensas à sua integridade física infligidas por um deles.

Em 1.ª instância, o Tribunal Colectivo condena um dos arguidos como autor material de um crime de rapto simples p. e p. pelo art. 160.º, n.º 1, al. d), e o outro como autor material de um crime de rapto agravado pelo resultado morte p. e p. pelo art. 160.º, n.º 1, al. d) e n.º 2, al. b), todos do CP<sup>865</sup>. Todavia, a Relação do Porto, por acórdão de 20-3-2002, concede, respectivamente, provimento parcial aos recursos do Ministério Público e assistente, condenando os arguidos como co-autores de um crime de rapto agravado. Por último, o STJ decide que os dois agentes são co-autores de um crime de rapto simples, incorrendo ainda um deles na prática como autor material de um crime de ofensa à integridade física grave,

<sup>863</sup> *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Ano X (2002), Tomo III, pp. 174 e ss.

<sup>864</sup> Acórdão do STJ, de 10-7-2002, em *Colectânea...cit.*, p. 175.

<sup>865</sup> Estatui o art. 160.º, n.º 1, al. d) do CP: “Quem, por meio de violência, ameaça ou astúcia, raptar outra pessoa com a intenção de constranger a autoridade pública ou um terceiro a uma acção ou omissão, ou a suportar uma atividade, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”. Por sua vez, o n.º 2, al. b), deste artigo, estabelece que “se no caso se verificar a situação prevista no n.º 3 do artigo 158.º, o agente é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos”. Situação essa que é a seguinte: “Se da privação da liberdade resultar a morte da vítima (...)”. Após as alterações introduzidas no CP através da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, o artigo 160.º (“Rapto”) corresponde hoje ao artigo 161.º.

agravado pelo resultado morte e qualificado, p. e p. pelos arts. 144.º, al. d), 145.º, n.º 1, al. b) e 146.º, n.º 1, todos do CP<sup>866</sup>.

A questão dogmática que, agora, nos interessa e cuja resolução divide as várias instâncias judiciais na apreciação que fazem da matéria de facto provada resume-se a saber se a agressão física grave de que resulta a morte da vítima deve ou não ser imputada aos dois arguidos a título de co-autoria: isto é, há ou não “excesso na execução” por parte de um dos agentes, e sendo a resposta afirmativa será ou não esse “excesso” imputável ao outro arguido a título de co-autoria?

Diz a Relação:

“O Miguel (...) ao ter decidido, *de comum acordo*, esconder o António Pinto na ‘Quinta dos Breias’, *nem que para isso tivessem de usar novamente a violência* e ao ter verificado a violência com que o Fernando agrediu a vítima quando esta saltou da carrinha – ainda não tinha havido a resolução de a raptar – era exigível que não a ‘abandonasse’ nas mãos do Fernando, *pois devia prever que, sozinho com a vítima, num local ermo, irritado como se encontrava e violento como era, iria agredir o António Pinto com tal violência que lhe poderia causar a morte*, caso ocorresse qualquer evento que despoletasse os seus instintos violentos (...)”<sup>867</sup> (o “itálico” é nosso).

Ou seja: tendo o Miguel representado como consequência possível do “abandono” a que votara a vítima, confiando-a ao Fernando, que este poderia agredi-la, gravemente, causando-lhe a morte e se conformado com a realização deste facto (dolo eventual), aquele Miguel deve responder como co-autor.

Opostamente e seguindo o entendimento subscrito pela 1.ª instância, o STJ sustenta que ao Miguel só é imputável um crime de rapto simples cometido, em co-autoria, com o Fernando, devendo, porém, este último responder ainda - e em

---

<sup>866</sup> Estatui o art. 144.º, al. d), CP, sob a epígrafe “Ofensa à integridade física grave”: “Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a provocar-lhe perigo para a vida é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos”. Porém e *ex vi* art. 145.º, n.º 1, al. b), CP (versão originária), “quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa e vier a produzir-lhe a morte é punido com pena de 3 a 12 anos no caso do artigo 144.º”. Finalmente, o art. 146.º, n.º 1, CP (versão originária), qualifica a ofensa à integridade física nos seguintes termos: “Se as ofensas previstas nos artigos 143.º, 144.º ou 145.º forem produzidas em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente, este é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo”.

<sup>867</sup> Acórdão do STJ, de 10-7-2002, em *Colectânea...cit.*, p. 176.

concurso efectivo de crimes – pelo delito de ofensa à integridade física grave, agravada pelo resultado morte e qualificada.

Caso se aceite – como nos parece inquestionável – a autonomização do crime de ofensa à integridade física grave<sup>868</sup> e ainda que se admita que relativamente a este facto há, também, uma “decisão conjunta” (ainda que sob a forma mitigada de “dolo eventual” por parte de um dos arguidos), será sempre a nosso ver de afastar a imputação a título de co-autoria por falta de “execução conjunta”. Efectivamente, à componente subjectiva da co-autoria deve somar-se a prática de actos de execução (“tomar parte directa na sua execução”, segundo o art. 26.º, 3.ª alternativa, CP).

Portanto e em resposta à questão que colocámos acima, parece-nos que nas hipóteses em que o dito “excesso” se traduz na prática de um novo crime, não se pode falar, em verdadeiro rigor, de “excesso na execução”. Há, sim, uma realidade criminosa autónoma que obriga a que se reequacione a problemática da autoria. Neste sentido e ainda que tenham decidido em conjunto a execução, só serão co-autores os agentes que, tendo tomado parte directa nessa execução, (co)dominem o respectivo facto.

#### 5.º Acórdão do STJ, de 4-7-2002 (Roubo)<sup>869</sup>

Em execução do plano previamente acordado, três indivíduos assaltaram uma estação dos CTT, encarregando-se um deles - munido da pistola que lhe fora entregue por um dos comparsas - de controlar os funcionários e utentes que se encontravam naquela estação dos correios, enquanto os outros dois se apropriavam do dinheiro aí existente num total de € 1.558,02. No respectivo acórdão, o tribunal *a quo* caracterizou nos seguintes termos a intervenção dos arguidos na prática de

<sup>868</sup> Acresce – como sublinha bem o Acórdão do STJ, de 10-7-2002 – que inexistente *in casu* um crime de rapto qualificado, nos termos do art. 160.º, n.º 2, al. b), por referência ao art. 158.º, n.º 3, ambos do CP. É que de acordo com este último artigo deve existir um nexo causal (imputação objectiva) entre a “privação da liberdade” e a “morte da vítima” que não se verifica, manifestamente, na situação *sub judice*, na medida em que se fez prova que a causa directa e necessária da morte de António Pinto foram as lesões provocadas pela agressão física e não o sequestro em si.

<sup>869</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5.ª Secção, de 4 de Julho de 2002 (Proc. n.º 02P2358), relatado por Carmona da Mota (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 10-5-2012).



dois crimes de roubo agravado<sup>870</sup>: “Acresce a presença (...) de co-autoria, face à actuação conjunta e planeada de diversos agentes (três), com repartição de tarefas (um dos agentes controlava os funcionários e utentes da estação vigiando-os, enquanto os arguidos C e A se apropriavam do dinheiro)”<sup>871</sup>.

O STJ considera, porém, que a decisão judicial sindicada enferma do vício de “insuficiência para a decisão de direito da matéria de facto provada” (cfr. art. 410.º, n.º 2, al. a), CPP), nomeadamente no que respeita, por um lado, à questão da comunicabilidade ou não ao recorrente da agravante “trazendo, no momento do crime, arma aparente ou oculta” [art. 204.º, n.º 2, al. f), aplicável *ex vi* art. 210.º, n.º 2, al. b), ambos do CP] e, por outro, à da unidade ou pluralidade de crimes.

Circunscrevendo a nossa análise à primeira daquelas questões, entende o tribunal *ad quem* não constar dos factos provados, assim como dos não provados, “que o ora recorrente tivesse conhecimento de que, ao contrário da sua (uma pistola de imitação em plástico), se tratava de uma verdadeira ‘arma’ (isto é, de um instrumento apto a ser utilizado como meio de agressão – e não apenas de intimidação) o instrumento facultado pelo co-arguido ao comparsa de ambos<sup>872</sup>”. E fundamenta a eventual comunicabilidade da circunstância agravante em causa no artigo 28.º, n.º 1, CP<sup>873</sup>, sendo, todavia, pressuposto dessa comunicabilidade o conhecimento por parte do recorrente da respectiva verificação.

Certo, porém, é que a sobredita “agravante” não se inclui no âmbito de aplicação do artigo 28.º, CP, referido pelo STJ, que - como afirma Teresa Beleza – diz respeito aos elementos pessoais “que ao serem exigidos pelo tipo incriminador significam que o círculo dos potenciais autores deixa de ser indeterminado, como é

---

<sup>870</sup> Tendo sido dois os funcionários a que os assaltantes subtraíram sob ameaça o dinheiro confiado à respectiva guarda, o Tribunal Colectivo considerou que seriam, também, dois os crimes de roubo efectivamente cometidos. Acontece, porém, que, tendo sido uma só a entidade patrimonialmente lesada pela acção conjunta dos arguidos (CTT), existe, consequentemente, um único crime de roubo. Por outro lado, sendo este delito um crime complexo, há uma relação de especialidade (concurso aparente) entre o correspondente tipo legal (art. 210.º, CP) e os tipos constitutivos de furto (arts. 203.º e s., CP), ofensa à integridade física (arts. 143.º e ss., CP) e/ou ofensa à liberdade pessoal (arts. 153.º e ss., CP), salvo se a concreta lesividade dos factos subsumíveis nestes dois últimos tipos legais de crime (que tutelam bens jurídicos eminentemente pessoais) obrigar - em virtude da sua particular e excessiva gravidade - à respectiva autonomização, em termos de se considerar a existência de um concurso efectivo: roubo, ofensa à integridade física e/ou sequestro.

<sup>871</sup> Acórdão do STJ, de 4-7-2002, par. 2 (“A condenação”).

<sup>872</sup> Acórdão do STJ, de 4-7-2002, par. 4.3.

<sup>873</sup> Em conformidade com o estipulado no art. 28.º, n.º 1, CP, sob a epígrafe “Ilícitude na participação”, “se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os participantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora”.

na generalidade dos casos em que a lei usa expressões como ‘quem’ ou ‘aquele que’<sup>874</sup> (isto é, os elementos constitutivos dos chamados crimes específicos, próprios ou impróprios). Por outro lado e desde que se provou que todos os arguidos “actuaram em conjugação de esforços e *segundo o plano previamente aprovado*”<sup>875</sup> (o “*itálico*” é nosso), nada mais é necessário para que se prove, também, a imputação a título de dolo aos três agentes do uso da “arma” por um deles. Aliás e como ensina Figueiredo Dias, só a decisão conjunta “pode justificar que responda pela *totalidade* do delito o agente que por si levou a cabo apenas *uma parte* da execução típica”<sup>876</sup>.

Em suma: tendo os três arguidos tomado parte directa na execução de um crime de roubo – um deles vigiando e *ameaçando* clientes e funcionários, os restantes *subtraíndo* o dinheiro -, os actos tipicamente ilícitos (incluindo-se aí o uso da arma) praticados por cada um desses arguidos são imputáveis aos demais, exactamente em virtude da decisão criminosa comum (“domínio funcional do facto”).

#### II.2.1.1.5. Co-autoria e o domínio do facto

Mas nem sempre o STJ realiza uma interpretação menos correcta da teoria do domínio do facto na aplicação que faz do artigo 26.º, 3.ª alternativa, CP (co-autoria). Sirva de exemplo o aresto seguinte relatado pelo Conselheiro Henriques Gaspar:

- Acórdão do STJ, de 6-10-2004 (Tráfico de estupefacientes)<sup>877</sup>

Neste Acórdão do STJ discute-se com muito interesse o conceito dogmático-legal de co-autoria confrontando-o à luz da teoria do domínio do facto com o de cumplicidade. Neste sentido, afirma-se:

<sup>874</sup> BELEZA, Teresa Pizarro. “Illicitamente comparticipando”. cit., p. 593.

<sup>875</sup> Acórdão do STJ, de 4-7-2002, par. 1 (“Os factos”).

<sup>876</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 792.

<sup>877</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 6 de Outubro de 2004 (Proc. n.º 04P1875), relatado por Henriques Gaspar (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 27-6-2012).

“A noção de autoria, para além das modalidades de imediata ou mediata, abrange também os casos de comparticipação com pluralidade de agentes. Neste caso, é essencial o acordo prévio para o facto e a participação directa, *mediata ou imediata*, na execução do facto<sup>878</sup>” (o “itálico” é nosso). Mais adiante diz-se: “A execução conjunta (...) não exige, todavia, que todos os agentes intervenham em todos os actos, mais ou menos complexos, organizados ou planeados, que se destinem a produzir o resultado típico pretendido, bastando que a actuação de cada um dos agentes seja elemento componente do conjunto da acção, *mas indispensável à produção da finalidade e do resultado a que o acordo se destina*<sup>879</sup>” (o “itálico” é nosso). Acrescenta-se, porém, um tanto ambigualmente: “De todo o modo, a colaboração e a importância deve poder determinar suficientemente o ‘se’ e o ‘como’ da execução do facto<sup>880</sup>”.

Opostamente e ainda segundo o tribunal *ad quem* (que cita a propósito jurisprudência anterior)

“O cúmplice pode participar no acordo e na fase da execução (embora não tenha necessariamente de assim suceder, ao contrário do que acontece com o co-autor) mas, contrariamente ao que se verifica com este – e nisso consiste a característica fundamental de diferenciação entre as duas formas de comparticipação – o cúmplice não tem o domínio funcional do facto ilícito típico; tem apenas o domínio positivo e negativo do seu próprio contributo, de forma que, se o omitir, nem por isso aquele facto deixa de poder ser executado. *A sua intervenção, sendo, embora, concausa do concreto crime praticado, não é causal da existência da acção*<sup>881</sup>” (o “itálico” é nosso).

Vejamos, agora, como o STJ aplica a doutrina juspenal sobre comparticipação criminosa que subscreve à factualidade *sub judice*. Assim,

Os vários arguidos acordaram entre si transportar haxixe a partir de Marrocos para a costa espanhola vizinha ao rio Guadiana, utilizando para esse efeito uma lancha semi-rígida pertencente a um deles (n.º 1.5 da matéria de facto).

<sup>878</sup> Acórdão do STJ, de 6-10-2004, par. 7., I (“Recurso de JJ”), 1.

<sup>879</sup> Acórdão do STJ, de 6-10-2004, par. 7., I (“Recurso de JJ”), 1.

<sup>880</sup> Acórdão do STJ, de 6-10-2004, par. 7., I (“Recurso de JJ”), 1. (*in fine*).

<sup>881</sup> Acórdão do STJ, de 6-10-2004, par. 7., I (“Recurso de JJ”), 2. (*in fine*).

Todavia, a concreta intervenção dos co-arguidos diverge significativamente. Destarte e no que respeita aos arguidos **JJ** e **KK**, ambos de origem marroquina, consta apenas dos factos provados que, após a sua detenção, lhes foram apreendidos telemóveis utilizados no âmbito da operação criminosa *sub judicio*, assim como dinheiro proveniente do comércio de droga (n.º 1.114 da matéria de facto). Quanto ao co-arguido **II**, irmão de **JJ**, faz-se prova que adquiriu um telefone por satélite “que, posteriormente, entregou ao **FF** (...) e permitia o contacto permanente com a lancha, a partir de qualquer posição do globo terrestre” (respectivamente, ns.º 1.26 e 1.27 da matéria de facto). Já o co-arguido **EE**, igualmente de origem marroquina, era o proprietário da dita lancha, tendo sido ele que contactou os co-arguidos italianos **DD**, **GG**, **FF** e **HH** incumbidos do transporte da droga e manteve contacto com um deles – **DD** - no decurso da travessia marítima (respectivamente, ns.º 1.4, 1.9 e 1.80 da matéria de facto). Diz-se, por outro lado, que “na conversa<sup>882</sup> aventou-se a hipótese de atirar a droga ao mar *bem como de contactar o arguido **EE** para lhe dar conhecimento do que sucedia e colher a opinião deste*” (n.º 1.84. da matéria de facto). Finalmente, há o co-arguido **BB** relativamente ao qual se refere, nos factos dados como provados, que cuidou, sobretudo, da “logística” do empreendimento criminoso, tendo sido ele quem, designadamente, procurou e encontrou alojamento para os co-arguidos italianos e lugar para colocar a lancha (respectivamente, ns.º 1.10, 1.13 e 1.16 da matéria de facto), e conseguiu a carrinha que levou, mais tarde, para Espanha e se destinava a carregar o haxixe, após o desembarque da droga (respectivamente, ns.º 1.22, 1.24 e 1.74 da matéria de facto). Foi, também, **BB** a pessoa que procedeu à vigilância “do molho da barra de Vila Real de Santo António, com instruções para avisar caso constataste a presença de algum barco da Polícia Marítima no rio Guadiana” (n.º 1.75. da matéria de facto).

**JJ** fora condenado como co-autor de um crime de tráfico de estupefacientes. Entretanto, o STJ decide absolvê-lo da prática desse crime argumentando que “os factos provados (...) não são (...) bastantes para revelar alguma forma externa de comparticipação do recorrente, quer como co-autor, quer como fonte de auxílio no

---

<sup>882</sup> Trata-se de outra conversa telefónica, agora, entre o arguido **DD** e um indivíduo não identificado nos autos no decurso da qual o primeiro informou o segundo sobre a escassez de combustível da lancha, tendo **DD** comunicado ao seu interlocutor “que o capitão da lancha dizia que se a operação corresse mal no rio não tinham combustível para fugir” (ns.º 1.81 a 1.83. da matéria de facto).

quadro da cumplicidade<sup>883</sup>. Efectivamente e apesar do acordo prévio entre JJ e os demais arguidos, resulta, desde logo, da factualidade assente que aquele co-arguido não pratica qualquer acto integrável numa das várias modalidades de acção constantes do respectivo tipo de ilícito, não tendo, consequentemente, a respectiva contribuição para o facto a indispensável relevância objectiva inerente à co-autoria: “o simples conhecimento da acção concreta (...), sem actos de participação real e efectiva ou de auxílio, mais ou menos determinantes, não é relevante em termos de comparticipação, que tem de se traduzir em comportamentos, imediatos ou mediatos, que liguem o agente à execução do facto e à produção do resultado<sup>884</sup>”.

Também o arguido **EE** alega em sede de recurso que os factos provados em que intervém não correspondem aos elementos objectivos do crime de tráfico de estupefacientes por que fora condenado a título de co-autoria.

O tribunal *ad quem* vem a confirmar a condenação de EE como co-autor de um crime de tráfico de estupefacientes contrariando a pretensão do recorrente que alega a seu favor não estar provado um único acto de execução do acordo<sup>885</sup>. Assim, o STJ sustenta que os factos provados “por si e devidamente conjugados, mostram que o recorrente tinha o domínio funcional do facto, não apenas pela utilização determinante e indispensável de um meio que lhe pertencia, como pela direcção exterior que também está suficientemente revelada<sup>886</sup>”. A verdade, porém, é que, se o primeiro facto (cedência da “lança voadora”) constitui, em bom rigor, um acto de auxílio material que fundamenta a cumplicidade (não a autoria) de EE, já aqueles outros factos que são segundo o Supremo demonstrativos de certos poderes de direcção por parte do recorrente (cfr., designadamente, ns.º 1.80 e 1.84 da matéria de facto) situam-se fora do amplo espectro típico correspondente ao crime em causa (*vide* art. 21.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro<sup>887</sup>).

Destarte, EE será, preferentemente e em nossa opinião, instigador do crime executado pelos seus comparsas, na medida em que através da sua intervenção directiva se constitui em *causa necessária*<sup>888</sup> dessa execução.

---

<sup>883</sup> Acórdão do STJ, de 6-10-2004, par. 7., I (“Recurso de JJ”), 3.

<sup>884</sup> Acórdão do STJ, de 6-10-2004, par. 7., I (“Recurso de JJ”), 3.

<sup>885</sup> *Vide* Acórdão do STJ, de 6-10-2004, par. 3., alegações do arguido EE (conclusões ns.º XVII a XXIII).

<sup>886</sup> Acórdão do STJ, de 6-10-2004, par. 7., VI (“Recurso de EE”), 2.

<sup>887</sup> *Vide* nota de rodapé n.º 25.

<sup>888</sup> *Vide* a interpretação que fazemos acima da 4.ª alternativa, do nosso artigo 26.º, CP [Parte Segunda, capítulo III, par. III.2.2.].

Por sua vez, **II** considera no recurso interposto para o STJ que “os factos por ele executados se resumem a ter adquirido material de comunicação”, não tendo sido dado como provado que “quando comprou o material de comunicação o fez com a intenção de o utilizar ou proporcionar a alguém a sua utilização, durante a prática de qualquer crime<sup>889</sup>”.

O STJ veio a concluir que “o único facto que se apresenta prestável em termos de execução e intervenção numa acção, vem descrito no ponto 1.26, completado, de algum modo, pelo que se refere no ponto 1.107<sup>890</sup> (...). Todavia, apenas pelos elementos provados, não é seguro que tal colaboração possa integrar a noção de co-autoria”. Assim, “não podendo ser suficientemente caracterizada como domínio funcional do facto, a contribuição do recorrente situa-se no plano do auxílio material objectivo à prática por outrem de um facto doloso, a integrar apenas a forma de cumplicidade<sup>891</sup>”. É dizer que o tribunal *ad quem*, entendendo – e bem – que a actuação do arguido não lhe confere objectivamente o domínio *negativo* e muito menos *positivo* do facto, sustenta, no entanto e contrariamente ao alegado pelo recorrente, que essa mesma actuação evidencia os elementos subjectivo (dolo) e objectivo (auxílio material) próprios da cumplicidade: “tais factos revelam que o recorrente participou na preparação da operação, adquirindo material adequado à organização das comunicações, assim contribuindo para a acção<sup>892</sup>”.

Quanto ao **BB** e apesar deste arguido não ter questionado no seu recurso para o STJ a qualificação jurídico-penal da respectiva intervenção nos factos<sup>893</sup>, aquele tribunal superior acaba por se pronunciar sobre essa questão, mais concretamente no âmbito de uma outra “conclusão” formulada pelo recorrente relativa à medida da pena. Assim e tendo presente os factos provados que se lhe referem e estão, sumariamente, descritos por nós acima, decide-se “que a sua actuação e a participação na acção de transporte do produto estupefaciente que está em causa, foi meramente acessória, adjacente, de colaboração específica, pontual e

<sup>889</sup> Vide Acórdão do STJ, de 6-10-2004, par. 3., alegações do arguido II (conclusões ns.º 6. a 15).

<sup>890</sup> No ponto 1.26 dos factos provados faz-se referência à aquisição e entrega por parte do arguido de um telefone por satélite, tendo este, na sua posse e conforme consta do n.º 1.107 da matéria de facto, a descrição do respectivo modo de funcionamento.

<sup>891</sup> Acórdão do STJ, de 6-10-2004, par. 7., VII (“Recurso de II”), 2.

<sup>892</sup> Acórdão do STJ, de 6-10-2004, par. 7., VII (“Recurso de II”), 2.

<sup>893</sup> O Tribunal Colectivo e a Relação tinham condenado BB como co-autor de um crime de tráfico de estupefacientes.

avulsa, não tendo, em relação à acção, o domínio do facto, e, por isso, não co-determinando o ‘se’ e o ‘como’ da acção<sup>894</sup>”.

Independentemente do acordo que BB terá firmado com os demais arguidos tendo em vista o transporte de haxixe proveniente de Marrocos, entende o STJ que a sua actuação reconduz-se toda ela a actos não executivos: isto é, não subsumíveis em qualquer das várias modalidades de acção previstas no art. 21.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro<sup>895</sup>. Faltando, portanto, a execução (conjunta) inexistente co-autoria, havendo, porém, cumplicidade, na medida em que os factos provados evidenciam, não apenas a intenção de cooperação na prática do crime executado pelos co-autores (elemento subjectivo), como a concreta prestação de auxílio material (elemento objectivo)<sup>896</sup>.

Por último e atendendo ao âmbito do recurso em caso de comparticipação<sup>897</sup>, o STJ revoga a decisão das instâncias inferiores - que tinham condenado o arguido **KK** como co-autor de um crime de tráfico de estupefacientes – determinando que aquele “deve ser absolvido por os factos provados não integrarem qualquer modalidade de comparticipação na acção<sup>898</sup>”. A factualidade relevante corresponde, inteiramente, à respeitante ao co-arguido JJ, valendo, consequentemente, para o primeiro agente as mesmas razões e comentários feitos a propósito da actuação de JJ.

Em suma: apesar de o tipo legal de crime aplicável à presente situação apresentar “uma configuração típica de largo espectro, de tal modo que qualquer contacto ou proximidade com produto estupefaciente permite, por si, integrar por inteiro a tipicidade<sup>899</sup>”, o STJ mediante uma análise detalhada da participação criminosa de cada recorrente conclui que, independentemente do acordo firmado entre todos os arguidos (componente subjectiva), não há co-autoria de nenhum deles, na medida em que, não tomando parte na execução dos factos (componente objectiva), também os não dominam. Decisão esta que em nossa opinião corresponde a uma concretização exemplar da teoria do domínio do facto em sede de co-autoria e se traduz na revogação dos acórdãos anteriores que tinham

---

<sup>894</sup> Acórdão do STJ, de 6-10-2004, par. 7., IX (“Recurso de BB”), 2.

<sup>895</sup> Vide nota de rodapé n.º 25.

<sup>896</sup> Cfr. art. 27.º, n.º 1, CP.

<sup>897</sup> Segundo o art. 402.º, n.º 2, al. a), CPP, “salvo se for fundado em motivos estritamente pessoais, o recurso interposto por um dos arguidos, em caso de comparticipação, aproveita aos restantes”. *In casu* trata-se de o aproveitamento do recurso interposto pelo co-arguido JJ.

<sup>898</sup> Acórdão do STJ, de 6-10-2004, par. 8, (i).

<sup>899</sup> Acórdão do STJ, de 6-10-2004, & 7., I (“Recurso de JJ”), 3.

condenado os recorrentes como co-autores vindo o tribunal *ad quem* a absolver parte deles (JJ e KK) e a punir os restantes (II e BB), mas a título de cumplicidade. Exceptua-se apenas o caso de EE, cuja qualificação como co-autor criticámos já.

### II.2.1.2. Autoria mediata (e instigação)

Pelas razões que aduziremos adiante, são relativamente raros os casos apreciados pelo STJ em que se discute a autoria mediata como forma particular de participação criminosa. Assim sendo e para que a nossa investigação tenha uma base jurisprudencial minimamente consistente, decidimo-nos por alargar o âmbito temporal da mesma, incluindo nela acórdãos do STJ anteriores ao ano de 2000.

Por outro lado e porque as situações de condenação por instigação se revelam ainda mais raras, resolvemos analisá-las a par da autoria mediata.

#### 1.º Acórdão do STJ, de 18-6-2009 (Homicídio)<sup>900</sup>

O presente aresto diz respeito a um recurso extraordinário de fixação de jurisprudência interposto do Acórdão do STJ, de 16-10-2008<sup>901</sup>, que condenara o recorrente como autor mediato de um crime de homicídio qualificado, na forma tentada, invocando-se como fundamento o Acórdão do STJ, de 31-10-1996<sup>902</sup>, que - perante uma situação de facto análoga à decidida no acórdão recorrido - absolvera os arguidos da prática, em co-autoria e na forma tentada, de um crime de homicídio qualificado.

Destarte e antes de procedermos à análise deste recurso extraordinário para o pleno das secções criminais do STJ, vamos debruçar-nos sobre o sobredito acórdão fundamento. Relevam aí os seguintes factos provados:

Após ter regressado da Alemanha, onde se encontrava emigrada, a arguida B iniciou uma relação amorosa com o arguido A, tendo o marido daquela (que é assistente no presente processo) permanecido no referido país. Entretanto e quando

<sup>900</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 11/2009, de 18 de Junho de 2009, publicado no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 139, de 21 de Julho de 2009, pp. 4566-4599.

<sup>901</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 5.ª Secção, de 16 de Outubro de 2008 (Proc. n.º 07P3867), relatado por António Colaço (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 23-7-2012).

<sup>902</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 31 de Outubro de 1996 (Proc. n.º 048948), relatado por Ferreira da Rocha (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 23-7-2012).



este veio a Portugal “a fim de passar um período de férias”, os dois arguidos “combinaram entre si em tirar a vida ao assistente” acordando em pagar a alguém que se dispusesse a matá-lo e “disponibilizando-se a arguida a fornecer o dinheiro que se revelasse necessário”. Assim e na concretização desse plano criminoso, “A, no dia 17 de Abril de 1995, contactou um indivíduo de nome D” que aceitou “matar o assistente mediante o pagamento da quantia de 700.000 escudos<sup>903</sup>, sendo 100.000 escudos a entregar antes e os restantes 600.000 escudos depois da morte da vítima”. Mais acordaram “que a morte (...) deveria ter lugar no dia 20 de Abril de 1995, entre as 22 e as 23 horas. (...) Em 19 de Abril do mesmo ano, a arguida levantou do Banco a quantia de 100.000 escudos que entregou ao arguido, o qual, por sua vez, a deu ao D. Juntamente com tal quantia o arguido entregou ao D o papel (...) que este deveria dar à arguida B após matar o assistente, e no qual a arguida era instruída acerca do seu modo de proceder depois da morte do marido. No dia 20 de Abril, a arguida levantou do Banco a importância de 600.000 escudos que combinara deixar escondida junto de um castanheiro onde o arguido iria buscá-la”. Todavia, “em lugar do dinheiro deixou junto do castanheiro um bilhete (...), onde, entre outras coisas, se escreveu: ‘Não consigo. Não posso. Não quero. Não tenho coragem, está tudo anulado. Vê lá se consegues algum dinheiro de volta’”. Acontece, porém, que não obstante “ambos os arguidos se convencerem de que o D ficara firmemente determinado a matar o assistente”, este “jamais tivera intenção de tirar a vida à vítima”, tendo antes se deslocado “ao Posto da G.N.R. (...) onde comunicou ao respectivo comandante o que sucedeu entre si e o arguido e lhe entregou os 100.000 escudos que havia recebido bem como o papel com as instruções dirigidas à arguida. Face a tal comunicação, a G.N.R., antes da data aprazada entre o arguido e o D para ser tirada a vida ao assistente, procedeu à detenção de ambos os arguidos e transmitiu àquele o que estes haviam projectado<sup>904</sup>”.

Na acusação pública submetida à apreciação do tribunal colectivo sustenta-se que os arguidos são co-autores na forma tentada de um crime de homicídio qualificado. Todavia, no recurso que interpõe da decisão absolutória proferida em 1.ª instância o Ministério Público afirma não discordar “da inclusão da actividade

---

<sup>903</sup> O valor total acordado – 700.000\$00 – corresponde hoje a cerca de € 3.500,00, devendo € 500,00 (100.000\$00) ser pagos adiantadamente e os restantes € 3.000,00 (600.000\$00) após a morte da vítima.

<sup>904</sup> Acórdão do STJ, de 31-10-1996, “Factos provados”.

dos arguidos no domínio da instigação” (1.<sup>a</sup> conclusão), mas entende que, contrariamente ao que consta do acórdão recorrido, não há tentativa de instigação (impunível à luz da nossa lei penal vigente), antes instigação à prática pelo executor de um crime de homicídio qualificado, sob a forma tentada: aquele acórdão “erra de forma notória na apreciação da prova produzida, ao considerar que o agente imediato nunca teve intenção de levar a cabo o crime para cuja execução foi contratado, pois, não se tratando de um agente provocador ou infiltrado, é óbvio que, numa primeira fase e até à desistência houve, da sua parte, *resolução e começo de execução do facto típico* (5.<sup>a</sup> conclusão, sendo o “*itálico*” de nossa responsabilidade).

Já o assistente, que recorre, também, da mesma decisão absolutória do tribunal *a quo*, diz existir *in casu* autoria mediata, na medida em que “os arguidos foram sempre os verdadeiros ‘senhores dos factos’ que dominaram em todos os momentos, em todos os pormenores e detalhes” (15.<sup>a</sup> conclusão), tendo ainda praticado “actos que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, eram de natureza a fazer esperar que se lhes seguissem os actos finais de consumação do crime de homicídio que haviam decidido cometer por intermédio de outrem – artigo 22, ns. 1 e 2, alínea c), do Código Penal” (33.<sup>a</sup> conclusão). É dizer que na perspectiva deste recorrente os arguidos devem ser condenados como autores mediatos na forma tentada de um crime de homicídio qualificado.

Entretanto, o STJ, no seu acórdão, vem a discordar tanto do Ministério Público como do assistente pelos motivos seguintes:

- não há instigação como pretende o MP, uma vez que “*quer pela ausência do começo de execução*, quer porque o agente imediato nunca teve intenção de eliminar o assistente (faltando assim o elemento subjectivo inerente ao facto, ou seja, o dolo) não pode a acusação ser procedente sobre este ponto de vista<sup>905</sup>” (o “*itálico*” é nosso);
- não há autoria mediata como sustenta o assistente, porque “o presumível autor imediato (...) não foi instrumento, sempre conservou (...) o domínio sobre si mesmo, a capacidade de agir, o livre arbítrio, tanto mais que *após haver recebido*

<sup>905</sup> Acórdão do STJ, de 31-10-1996, “Apreciação”.

*os 100.000 escudos e uma carta com instruções*, os entregou às autoridades, sendo certo que nunca teve intenção de tirar a vida ao assistente<sup>906</sup> (o “*itálico*” é nosso).

Destarte, o tribunal *ad quem* conclui que existe apenas tentativa de instigação não punível pelo Código Penal, confirmando, assim, a decisão absolutória do tribunal de 1.ª instância.

A facticidade acima descrita é, substancialmente, idêntica à apreciada no sobredito Acórdão de fixação de jurisprudência, cumprindo-se assim um dos requisitos de admissibilidade do respectivo recurso *ex vi* art. 437.º, CPP<sup>907</sup>. Senão vejamos:

“O arguido delineou um plano criminoso no sentido de proceder à eliminação física da assistente, sua mulher”, tendo para esse efeito resolvido contratar “uma ou duas pessoas que fossem capazes de levar por diante os seus intentos, mediante o pagamento de um montante a combinar, sendo que todos os pormenores, nomeadamente o modo, local e data, para a boa prossecução de tal plano, seriam determinados e ditados pelo arguido. Assim e na sequência deste plano, (...) o arguido remeteu, pelo correio”, para o armazém de S. P. uma carta, na qual adianta já as primeiras informações: procura alguém que aceite matar outra pessoa, “residente em Braga e com filhos”, fornecendo ainda “os primeiros elementos sobre a rotina diária do alvo (...), o momento e local do cometimento do crime”, a arma a usar e como deve ser usada e outros detalhes relevantes da execução. Após o arguido ter efectuado uma chamada telefónica para o referido armazém, no decurso da qual “quis saber se tinham já arranjado alguém para executar o serviço, tendo-lhe sido respondido negativamente”, S. P. telefonou ao seu amigo O. R. pedindo-lhe para se encontrarem de imediato. “Finda a conversa, decidiram e acordaram que se impunha denunciar a situação, o que fizeram nesse mesmo dia, pelas 16 horas, no piquete da Polícia Judiciária

---

<sup>906</sup> Acórdão do STJ, de 31-10-1996, “Apreciação”.

<sup>907</sup> Na interpretação que faz do art. 437.º, CPP, o STJ tem entendido que “a oposição susceptível de fazer seguir o recurso pressupõe os seguintes requisitos: manifestação explícita de julgamentos contraditórios da mesma questão; versando sobre matéria ou ponto de direito que não de facto; identidade entre as questões debatidas em ambos os acórdãos, ao aplicarem a mesma legislação a situações idênticas; carácter fundamental da questão em debate; inalterabilidade da legislação no período compreendido entre a prolação de ambos os acórdãos conflitantes” (*vide*, por todos, Acórdão do STJ, de 18-2-2010, cujo “sumário” donde retirámos este excerto está disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

do Porto”. Nos posteriores e sucessivos contactos telefónicos do arguido para o citado armazém e atendendo às instruções recebidas da Polícia Judiciária (“tentar empatá-lo, dizendo que iriam envidar esforços nesse sentido, a fim de recolher todos os elementos necessários que pudessem conduzir, a Polícia Judiciária do Porto, à sua identificação”), o denunciante acabou por confirmar a existência de um possível executante e definir o valor a cobrar pelo “serviço” e respectivo modo de pagamento. Tendo o arguido aceite “o preço do serviço contratado - € 10.000,00 – e a condição de pagamento de metade daquele valor antes da sua concretização”, o mesmo adiantou, por carta, novos pormenores, mencionando, pela primeira vez, que o alvo era uma mulher e identificando num mapa, que juntou a esta missiva, a respectiva residência e “ainda os locais onde a mulher pode encontrar-se”. Por fim, “refere que, quando estiver certo quanto à data, enviará nova carta com informações sobre a cor e a matrícula da viatura utilizada pelo alvo e bem assim metade do preço estabelecido. Acrescenta que pagará o restante, uma vez executado o serviço”. Depois de outros telefonemas em datas diversas, o arguido deixou no estabelecimento de S. P. um sobrescrito “que continha, no seu interior, (...) um envelope, mais pequeno, devidamente fechado, que continha 50 notas do Banco Central Europeu, com o valor facial de € 100 no total de € 5.000”. Por outro lado e numa carta incluída, também, no referido sobrescrito, “o arguido identifica a marca e o modelo do veículo utilizado pela ofendida (...), fornece a matrícula correcta da viatura (...) e indica duas datas para o cometimento do crime (homicídio) – 22 ou 23 de Junho”. Quando o S. P. se deparou à chegada ao armazém com o envelope em causa, “verificou o seu conteúdo, leu a carta (...) mas não tendo aberto o envelope mais pequeno, que se encontrava devidamente fechado, mas cujo conteúdo, atento o seu volume, suspeitou que fosse a quantia previamente estipulada”. Após conversar com O. R., “ambos se deslocaram às instalações da Polícia Judiciária do Porto, fazendo a entrega do envelope com todo o seu conteúdo”. Em sucessivos telefonemas efectuados nos dias seguintes aos acordados para a morte da vítima, o arguido quis saber “por que razão o

serviço contratado não fora executado”, tendo-lhe sido fornecido o contacto de um telemóvel alegadamente pertencente ao executante, mas “que a Polícia Judiciária do Porto havia entregue a O. R., para ser utilizado nesta situação. No dia 27 de Junho de 2006, o arguido (...) que se fazia transportar no veículo automóvel da marca BMW, (...) é abordado por elementos da Polícia Judiciária do Porto<sup>908</sup>”.

Posto o que e tendo presente as duas decisões do STJ, respectivamente, de 16-10-2008 (acórdão recorrido) e de 31-10-1996 (acórdão fundamento), decisões essas que subsumem situações fácticas idênticas a normas jurídico-penais distintas que se mantiveram tanto uma (art. 26.º, 2.ª alternativa, CP) como a outra (art. 26.º, 4.ª alternativa, CP) inalteráveis no período compreendido entre a prolação daquelas duas decisões judiciais conflitantes, o acórdão de fixação de jurisprudência formula a seguinte questão de direito:

“A questão ora colocada ao pleno das secções criminais é a de saber como qualificar jurídico-criminalmente a actuação de quem decide, planeia e encomenda a morte de alguém, a outrem, *que aparentemente aceitou*, mediante pagamento de determinada quantia, *que, posteriormente, o mandante lhe entrega, parcialmente*, e dando-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, aguardando depois convicto e na expectativa de que o evento letal seria consumado pelo executor, após o que lhe pagaria a restante parte do preço. Porém, o facto não veio a ser concretizado, *porque o executor não praticou quaisquer actos de execução e denunciou a situação à entidade policial*, vindo o arguido a ser detido. Constituirá um problema de autoria, na vertente de autoria mediata, ou de co-autoria, na forma tentada, ou estar-se-á perante a figura de instigação, no caso uma instigação na forma tentada?<sup>909</sup>” (os “*itálicos*” são de nossa responsabilidade).

Diz o STJ que “o critério de fundo” da resposta a dar “estará em saber em que condições, *nas circunstâncias concretas*, o homem de trás perde o domínio do facto, quando fica atribuído em exclusividade ao homem da frente<sup>910</sup>” (o “*itálico*” é

---

<sup>908</sup> *Diário da República* n.º 139. cit., pp. 4568 e ss.

<sup>909</sup> *Diário da República* n.º 139. cit., p. 4574.

<sup>910</sup> *Diário da República* n.º 139. cit., p. 4581.

nosso). No seu intento de concretização do referido critério, o tribunal *ad quem* estabelece a partir da teoria do domínio do facto (“a doutrina do domínio do facto (...) é a que melhor se harmoniza com os parâmetros da autoria nos crimes dolosos de acção<sup>911</sup>”) a seguinte caracterização dogmática das diversas formas de participação criminosa *lato sensu*:

“Como salienta Hernandez Plasencia (...), ‘a autoria mediata apresenta-se quando o sujeito de trás tem o domínio do facto *através do domínio da decisão de executá-lo*. Isto significa que um mesmo facto pode ter *um autor directo*, quando se domina a execução da acção típica realizada de própria mão, e *um autor mediato*, quando se tem o domínio da decisão da execução do tipo que realiza o autor directo’<sup>912</sup>” (os “*itálicos*” são nossos). Diversamente, “a instigação não cria a actuação metodológica do instigado, mas consciencializa este, determinando-o a criar, desencadear e executar de *motu proprio* e *sponte sua* a acção criminosa sem sujeição ao domínio e vontade de alguém. O instigado torna-se o único senhor do facto, por si decidido e assumido, por ter ficado convencido por alguém (o instigador) que o determinou a decidir, conceber e realizar o facto ilícito punível, ou seja, o crime<sup>913</sup>”. Quanto à co-autoria, “embora não seja necessária a execução do facto – *ainda que de modo parcial* – por cada um dos co-autores, exige-se, porém, *uma decisão conjunta e acordada entre todos*, dirigida à concretização do fim comum, na realização conjunta do facto<sup>914</sup>” (os “*itálicos*” são nossos). Finalmente, é cúmplice, e não instigador, “quem aconselha, incentiva, sugere ou reforça o propósito de outrem de cometer um crime ou que o induz à sua prática ajudando-o a vencer as resistências, físicas, intelectuais ou morais, ou mesmo afastando os últimos obstáculos que o separam do crime<sup>915</sup>”. E cita-se a este respeito Cavaleiro Ferreira para

<sup>911</sup> *Diário da República* n.º 139. cit., p. 4577.

<sup>912</sup> *Diário da República* n.º 139. cit., p. 4580. O trecho transcrito é da autoria de HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*. Granada: Comares, 1996, pp. 64 e s.

<sup>913</sup> *Diário da República* n.º 139. cit., p. 4581.

<sup>914</sup> *Diário da República* n.º 139. cit., p. 4581.

<sup>915</sup> *Diário da República* n.º 139. cit., p. 4581. Todavia, este excerto (que segundo as boas práticas éticas aplicáveis a qualquer discurso intelectual escrito - incluindo as decisões judiciais - deveria

quem a cumplicidade “seria equivalente a conselho ou instigação de outrem que não constitua autoria moral<sup>916</sup>”, acrescentando-se adiante que “o *instrumento* também não é um *cúmplice* porque executa o facto e, por isso, é *agente imediato*, realizando a vontade do autor a quem serviu (o autor mediato), integrante da decisão criminosa deste<sup>917</sup>”.

Destarte, parece-nos clara a opção do STJ por um conceito de autoria mediata que assenta, não tanto no “domínio da vontade” do executor por parte do homem de trás, mas antes no domínio que este último exerce sobre a decisão do agente imediato. É aquilo que Conceição Valdágua – ainda que no quadro do domínio da vontade – designa por *subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato*: “quem tem nas mãos a última decisão sobre a execução do facto possui, do mesmo passo, aquele *poder de supra-determinação do processo causal, conducente à realização do tipo legal de crime*, que é a quinta-essência do domínio do facto<sup>918</sup>”, mas que Figueiredo Dias sustenta ser *instigação-determinação* que é autoria no sentido do art. 26.º, 4.ª alternativa, CP (distinguindo-a da *instigação-auxílio* que é cumplicidade à luz do art. 27.º, n.º 1, 2.ª alternativa, CP).

Para além das divergências doutrinárias a que nos referimos já quanto a verdadeira natureza jurídica da instigação<sup>919</sup>, o STJ assinala recorrendo ao ensinamento de Conceição Valdágua uma importante diferença estrutural entre as duas figuras juspenais – autoria mediata / instigação - *ex vi* art. 26.º, CP:

“Segundo este preceito, a punição de quem ‘determinar outra pessoa à prática do facto’ depende de existir ‘execução ou começo de execução’, mas para a punição de quem ‘executar o facto (...) por intermédio de outrem’, não se exige esse requisito, nem qualquer outro equivalente. (...) Esta diversidade de estrutura da *autoria mediata* e da *instigação* é particularmente relevante numa ordem jurídica que, como a nossa, não incrimina a *tentativa de instigação*, pois daí decorre que o agente

---

estar entre aspas) pertence, por inteiro, a DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 799.

<sup>916</sup> Também esta citação (aliás, como muitas outras, sobretudo no que se refere ao n.º da página) está incorrectamente identificada nas notas finais (n.º 42). Assim, não é de “Figueiredo Dias, *ibidem*, p. 799” (*sic*), mas, sim, da autoria de FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – I*. cit., p. 494, sendo certo que o Autor se refere aí à “cumplicidade moral” assimilando-a à modalidade de cumplicidade prevista no art. 22.º, n.º 1, do Código Penal de 1886.

<sup>917</sup> *Diário da República n.º 139*. cit., p. 4581.

<sup>918</sup> VALDÁGUA, Maria Conceição. “Figura central, aliciamento e autoria mediata”. cit., p. 937.

<sup>919</sup> *Vide* texto acima sobre o conceito de instigação à luz do art. 26.º, do CP vigente [Parte Segunda, capítulo III, par. III.2.2.].

mediato, se o seu comportamento for tratado como instigação, ficará impune sempre que não chegar a haver execução ou começo de execução, por parte do instigado. Diferentemente, nos casos de autoria mediata, o regime resultante do artigo 26.º do CP não exige para a responsabilidade do autor mediato, o início de execução pelo autor imediato, não excluindo, assim, a possibilidade de o ‘homem de trás’ ser punido por tentativa a partir de um momento anterior àquele em que o autor imediato começa a praticar actos de execução do tipo legal de crime<sup>920</sup>”.

Assim e atendendo, fundamentalmente, a instantes razões político-criminais evidenciadas já no acórdão recorrido:

“Estamos a pensar, na actualidade, do incremento do que constitui a actuação delituosa de ‘crime por encomenda’ onde o homicídio ocupa já um receoso grau de incidência. Se este entendimento envolve, no quadro de política criminal, *uma valoração de prevenção geral*, a verdade é que o caso dos autos *determina que nos lancemos decididamente, abandonando, ao menos como posição de princípio, uma leitura complacente na apreciação do fenómeno*, sobretudo quando o valor em causa é o bem supremo da **vida humana**<sup>921</sup>”

e a que o aresto em exame se revela sensível<sup>922</sup>, o STJ vem a decidir-se pela subsunção da facticidade *sub judice* num conceito alargado de autoria mediata, fazendo uma “leitura” da 2.ª alternativa, art. 26.º, CP, que contraria frontalmente a disciplina sobre interpretação da lei prevista no art. 9.º, do Código Civil, que ele próprio convoca como *lex legum*<sup>923</sup>. Efectivamente e sendo função precípua da interpretação “reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo”, a expressão legal *por intermédio de outrem* em que se traduz a essência da autoria mediata assume nesse pensamento – que é o da teoria do domínio do facto – um significado dogmático claro de “instrumentalidade” que, manifestamente, não está presente quando os agentes mediato e imediato podem decidir, cada um *de per se* e

<sup>920</sup> *Diário da República n.º 139*. cit., p. 4573., por referência a VALDÁGUA, Maria Conceição. “Figura central, aliciamento e autoria mediata”. cit., pp. 932 e s.

<sup>921</sup> Acórdão do STJ, de 16-10-2008, H.4); os “itálicos” são nossos.

<sup>922</sup> *Diário da República n.º 139*, cit., p. 4582.

<sup>923</sup> *Diário da República n.º 139*. cit., p. 4574.



autonomamente, se praticam ou não um crime, em termos de serem ambos plenamente responsáveis à luz do nosso direito penal.

Todavia, fixa-se por maioria<sup>924</sup> a seguinte jurisprudência:

“É autor de crime de homicídio na forma tentada, previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 22.º, ns.º 1 e 2, alínea c), 23.º, 26.º e 131.º, todos do Código Penal, quem decidiu e planeou a morte de uma pessoa, contactando outrem para a sua concretização, que manifestou aceitar, mediante pagamento de determinada quantia, vindo em consequência o mandante a entregar-lhe parte dessa quantia e a dar-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, na convicção e expectativa dessa efectivação, ainda que esse outro não viesse a praticar qualquer acto de execução do facto<sup>925</sup>”.

É outro o entendimento jurídico-penal que subscrevemos da situação da vida *sub judicio*, entendimento esse que se funda na interpretação “causalista” que fazemos – como afirmámos já e por diversas vezes – da 4.ª alternativa, art. 26.º, CP (instigação). Assim e pelas razões aduzidas atrás, parece-nos que a subsunção da actuação do “agente da retaguarda” à autoria mediata corresponde a uma interpretação *contra legem* da 2.ª alternativa do sobredito artigo: essa actuação é de instigação-determinação que é autoria, não porque - como sustenta Figueiredo Dias - o homem de trás domine a decisão criminosa do executor, mas na medida em que aquele se assume como causa necessária ou essencial da “execução ou começo de execução” do facto. Estando aqui em causa apenas uma acessoriedade dita quantitativa que se inscreve, exclusivamente, na vertente objectiva do delito, não se colocam já problemas especiais de imputação ao instigador dos actos praticados pelo executor: entre o resultado ou a realização típica e a intervenção do “homem da retaguarda” não se interpõe a vontade criminosa do agente imediato, mas tão somente a manifestação externa dessa vontade.

Neste contexto, tudo se resume, a final, em saber se o instigado praticou ou não um ou mais actos de execução. Ora, somos de opinião que a aceitação ainda que aparente que se verifica *in casu* da proposta criminosa do mandante e o próprio recebimento por parte do homem da frente de parte da quantia acordada pela morte

---

<sup>924</sup> Votaram vencidos sete juízes Conselheiros num total de dezassete.

<sup>925</sup> *Diário da República* n.º 139. cit., p. 4587.

da vítima constituem, nos exactos termos de “normalidade social” (*segundo a experiência comum*<sup>926</sup> e salvo circunstâncias imprevisíveis) do art. 22.º, n.º 2, al. c), CP, actos de execução<sup>927</sup>. A circunstância do destinatário nunca se ter decidido a praticar o crime é irrelevante à luz da doutrina objectivo-material que informa a nossa definição legal de execução (cfr. art. 22.º, n.º 2, CP)<sup>928</sup>, ainda que importe, decisivamente, para a negação de responsabilidade penal do executor, por inexistir tentativa ou início de tentativa por parte deste último.

Por outro lado, afirmar que em verdadeiro rigor só há “determinação” quando o instigado se decide pela prática do facto traduz-se, a final, em fazer depender o dolo próprio do *animus nocendi* de um terceiro em manifesta oposição à natureza pessoal do ilícito (concepção pessoal-final do ilícito)<sup>929</sup>. Aliás e ainda que forçando de certo modo a realidade, se quisermos ver na falta de intenção criminosa do executor uma particular “inidoneidade” do meio, a actuação do agente só não seria punida na hipótese dessa “inidoneidade” ser manifesta (cfr. art. 23.º, n.º 3, CP).

Tudo visto e a nosso ver, a jurisprudência deveria ter sido fixada nos seguintes termos:

É instigador de crime de homicídio na forma tentada, previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 22.º, 23.º, n.º 1 e 2, 26.º, 4.ª alternativa, 73.º e 131.º, todos do Código Penal, quem decidiu e planeou a morte de uma pessoa, contactando outrem para a sua concretização, mediante pagamento de determinada quantia, vindo em consequência destas circunstâncias o mandante a entregar ao mandatário parte dessa quantia e a dar-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, na convicção e expectativa de efectivação do planeado em

<sup>926</sup> A “experiência comum” constitui a fonte histórico-concreta das chamadas normas ou regras da experiência, sendo estas “(...) definições ou juízos hipotéticos de conteúdo genérico, *independentes do caso concreto ‘sub judice’*, assentes na experiência comum, e por isso independentes dos casos individuais em cuja observação se alicerçam, mas para além dos quais têm validade” (FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Curso de Processo Penal – vol. II*. Lisboa: Editora Danúbio, 1986, p. 300).

<sup>927</sup> Vide, também, o acórdão recorrido – Acórdão do STJ, de 16-10-2008 – que, em sede de “fundamentação”, alínea G), afirma: “Esta transmissão telefónica de aceitação implícita da proposta, dá inequívoca sequência a actos de *execução* de que nos falam os tratadistas e que se encontra reflectido no art. 22.º, n.º 1, desde logo, e, em qualquer caso, no n.º 2, alínea c) do CP. (...) A partir daquela aceitação do plano, com efeito, passou a ficar a projectada vítima **imediate e directamente** colocada em perigo (...)” (o “negrito” é de nossa responsabilidade).

<sup>928</sup> Vide, por todos, CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – II*. cit., pp. 228 e ss.

<sup>929</sup> Diz WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal (una introducción a la doctrina de la acción finalista)*. cit., p. 108: “A ilicitude é sempre a desaprovação de um facto referido a um determinado autor. O ilícito é ilícito de uma acção por referência ao autor, é *ilícito pessoal*”.

virtude da aparente aceitação da proposta e do recebimento da quantia adiantada, ainda que o instigado nunca se tenha decidido pela prática do crime “encomendado”.

2.º Acórdão do STJ, de 27-1-1999 (Homicídio)<sup>930</sup>

Aprecia-se neste acórdão o tristemente célebre caso da discoteca de “alterne” *Meia Culpa*. Resumindo a factualidade provada:

AA - que era proprietário da única “casa” de diversão nocturna existente na cidade – decidiu, “em momento não apurado, mas a partir da abertura” doutro estabelecimento que concorria com o primeiro e funcionava na mesma cidade, “engendrar um plano no sentido de destruir este estabelecimento (...) pelo fogo – com utilização de gasolina -, por volta das 4 horas, e que fosse executado com violência e de forma a provocar o terror e que a ‘boite’ ficasse sem poder trabalhar” (ns.º 4 e 6 da matéria de facto). Neste sentido, contactou BB, que aceitou o “serviço” em contrapartida de um emprego na “boite” propriedade de AA, mas que não se sentindo capaz de executar, por si só, o sobredito plano propôs àquele a “contratação” doutros indivíduos a troco de dinheiro (n.º 7 da matéria de facto). Assim e após a anuência de AA, BB “abordou o FF e transmitiu-lhe com rigor o plano e os objectivos”, tendo este aceite “tal incumbência, a troco de 700.000\$00<sup>931</sup>” e contactado outras duas pessoas – GG e HH – que se dispuseram, também, a colaborar na execução (ns.º 8 a 11 da matéria de facto). Procurando assegurar a efectiva realização das instruções recebidas, os executores materiais decidiram munir-se de armas de fogo, “quer para intimidar e aterrorizar os presentes, quer para os impedir de fugirem, quer ainda para garantir a sua própria fuga” (n.º 13 da matéria de facto). Entretanto, “BB comunicou ao AA que já tinha arranjado homens para atear o incêndio no dia 16 de Abril, à hora e nos moldes por si pretendidos, ou seja, pelas 4 horas” (n.º 17 da matéria de facto). Nesse dia e hora, tendo chegado ao “Meia Culpa” e visto

<sup>930</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 27 de Janeiro de 1999 (Proc. n.º 98P1146), relatado por Duarte Soares (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 29-7-2012).

<sup>931</sup> O valor acordado – 700.000\$00 – corresponde hoje a cerca de € 3.500,00 (três mil e quinhentos euros).

“vários veículos estacionados (...) que, desde logo, concluíram serem pertença de clientes da ‘boite’”, os três arguidos – FF, GG e HH – aproveitaram-se da saída de dois deles para “acto contínuo” irromperem pelo referido estabelecimento adentro, obrigando com as armas que levavam e encostaram “ao peito daqueles clientes e do porteiro” a que estes recuassem até ao interior onde “se encontravam bastantes pessoas” (ns.º 31 e 37 a 39 da matéria de facto). Estando no local, entre clientes, empregados e “alternadeiras”, 33 pessoas, “o arguido FF, com a caçadeira empunhada e apontada na direcção das pessoas, manteve-se sempre próximo do início do balcão (...); o GG, também com a sua arma empunhada, avançou para proteger o HH, enquanto este caminhava para o centro da ‘boite’, ao mesmo tempo que ia derramando a gasolina sobre o balcão, o chão, os cortinados e os sofás. (...) Acto contínuo, o HH ateou fogo à gasolina com o isqueiro e os arguidos FF e GG fugiram pela porta principal. (...) HH, que também pretendia pôr-se em fuga, empunhou a arma de fogo que até então tinha mantido no cinto das calças e disparou na direcção de um cliente, que fugia à sua frente, quando este já se encontrava a menos de cinco metros daquela porta, atingindo-o na região lombar esquerda, após o que o HH conseguiu abandonar a ‘boite’” (ns.º 40, 46, 47 e 51 da matéria de facto). “Em consequência directa e necessária do descrito incêndio provocado pelos arguidos, resultou a morte de 13 pessoas que se encontravam na ‘boite’ e ferimentos mais ou menos graves em 12 outras e, ainda, a destruição de todo o recheio do ‘Meia Culpa’” (n.º 63 da matéria de facto).

Em 1.ª instância, FF, GG e HH foram condenados, em concurso real de infracções, como co-autores de um crime de incêndio, 13 crimes de homicídio qualificado e 22 crimes de homicídio qualificado, sob a forma tentada. Já AA e BB foram punidos, também em concurso real, cada um deles pela prática, em autoria, de um crime de incêndio, 13 crimes de homicídio qualificado e 22 crimes de homicídio qualificado, na forma tentada. Para além do Ministério Público, interpuseram recurso desta decisão para o STJ os arguidos AA, BB e FF. Restringindo-se o recurso interposto pelo MP à medida da pena aplicada a BB e não tendo sido admitido por extemporaneidade o recurso interposto por FF, interessa-

nos apenas analisar a apreciação que o tribunal *ad quem* faz da intervenção criminosa dos arguidos AA e BB.

Tanto o primeiro como o segundo colocam em crise a qualificação que o tribunal colectivo lhes atribui como autores dos delitos imputados aos restantes co-arguidos, *maxime* no que respeita aos crimes de homicídio. Assim, alega AA que a sua actuação não é punível “porque se provou que nunca contactou directamente os autores materiais”, concluindo o STJ a este respeito que o recorrente “parece pretender que a sua intervenção só poderia configurar instigação a uma instigação, o que é geralmente rejeitado como modalidade de comparticipação criminosa<sup>932</sup>”. Diz, porém, aquele tribunal:

“Mas é evidente que não tem razão já que o conceito de autoria, de acordo com as cláusulas normativas da extensão da tipicidade contidas no art. 26.º do CP, compreende a prática do ilícito *por intermédio de outrem* não se exigindo, obviamente, que haja contacto directo entre quem concebe, determina e organiza a actividade ilícita, e quem a executa. (...) Ele antecipou, como consequência necessária da actividade planeada, a morte de quantos se encontrassem na ‘boite’ e sabia que só por circunstâncias alheias à vontade dos executores alguém escaparia com vida, e todos os actos que a sua acção desencadeou até ao terrível resultado final estão ligados, sem margem para quaisquer dúvidas, pelo elemento *decisivo* para a definição e determinação das várias responsabilidades que é *a causalidade adequada*. (...) A intervenção do AA não foi a de mero instigador que se limita a incentivar ou a aconselhar alguém a decidir-se pela prática de uma acção ilícita. Aqui, toda a concepção e idealização da acção lhe pertencem. Ele é a inteligência e a vontade da acção e dos resultados. *Ele detém desde o início até final o completo domínio da acção criminosa*<sup>933</sup>” (os “itálicos” são nossos).

Assim, refugiando-se em critérios próprios da doutrina da causalidade (à excepção da última frase, reveladora da confusão que se faz entre as concepções causal e final – ou de domínio do facto – da autoria), o STJ faz apelo à categoria ampla de a “autoria moral” na qual inclui a concreta participação criminosa de AA,

<sup>932</sup> Acórdão do STJ, de 27-1-99, “Apreciação”, par. 1.

<sup>933</sup> Acórdão do STJ, de 27-1-99, “Apreciação”, par. 1.

a título de autoria mediata: “Nele, como *autor moral*, embora sem contactos directos com os executores, residiu a vontade decisiva do desencadeamento da acção criminosa, delineando, nos aspectos essenciais, os seus precisos contornos<sup>934</sup>”. Perspectiva esta em que se integra, também, a avaliação que o tribunal *ad quem* faz da actuação do co-arguido BB, na medida em que este “foi o elemento decisivo para a organização de todas as acções desencadeadas, tanto no que respeita ao ‘recrutamento’ dos operacionais como na transmissão fiel dos objectivos visados pelo *autor moral* das condutas ilícitas. E, como indubitavelmente resulta da prova feita, ele anteviu como *consequência necessária* da sua conduta, a morte de quantos se encontrassem no local e que só por circunstâncias alheias à vontade dos autores alguém escaparia com vida<sup>935</sup>”.

Porém e como temos vindo a sustentar, esta argumentação assente na “causalidade necessária” conduz à subsunção das respectivas situações da vida no quadro da instigação que é autoria (art. 26.º, 4.ª alternativa, CP), sendo certo que nesse âmbito de estrita objectividade a “instigação à instigação” não suscita dificuldades especiais, assim como a imputação aos instigadores/autores dos actos de execução praticados pelo autor imediato: não relevando a vontade criminosa, o único critério que importa ser-nos-á dado através de um juízo *ex ante*, de prognose póstuma (causalidade adequada). Ou seja: se tanto a actuação do que ordena mediante outrem como a deste último, que instrui directamente, se constituem em *causa necessária* da realização objectiva do crime, a conduta criminosa do executor material será imputável em “cadeia” até ao último ordenante.

Em suma e independentemente da crítica a fazer à construção conceptual do nosso artigo 26.º, CP, AA e BB são instigadores- autores dos crimes praticados pelos restantes co-arguidos.

### 3.º Acórdão do STJ, de 18-3-1993 (Homicídio)<sup>936</sup>

Neste caso, B, que não executa o crime de homicídio, acaba por ser condenado, juntamente com o seu filho C – que é o autor dos dois disparos que

<sup>934</sup> Acórdão do STJ, de 27-1-99, “Apreciação”, par. 1.

<sup>935</sup> Acórdão do STJ, de 27-1-99, “Apreciação”, par. 1.

<sup>936</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 18 de Março de 1993 (Proc. n.º 043748), relatado por Sousa Guedes (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 7-7-2012).

vitimaram A -, como co-autor daquele crime. São os seguintes os factos provados que interessam à dilucidação da questão dogmática que a decisão do tribunal de 1.<sup>a</sup> instância suscita: são ou não os dois arguidos co-autores do referido delito? Assim,

Após uma zanga violenta no café, onde B jogava às cartas com outros indivíduos, entre os quais se encontravam A e F, estes últimos abandonaram aquele estabelecimento dirigindo-se às respectivas residências com a intenção – que efectivaram – de se munirem das suas caçadeiras. Ao aperceber-se disso, “o arguido B disse também em voz alta e referindo-se ao F e ao A: ‘Eles vão buscar as caçadeiras, mas eu também tenho uma, também a levo’”. Assim e chegado a casa, B armou-se da sua espingarda e “disse a seu filho, o co-arguido C, que se encontrava em casa, que viesse daí com ele que o F e o A o queriam matar”, tendo este, “com o consentimento de seu pai”, se apropriado doutra caçadeira pertencente ao progenitor. “Indo o B à frente seguido a alguma distância pelo filho”, deparou-se o primeiro com o A e ao vê-lo, disse-lhe “em voz alta e à medida que dele se aproximava: ‘Zé, larga a arma, deita a arma ao chão que já arranjaste hoje problemas que cheguem’”. Acto contínuo, A e B “envolveram-se em confronto físico, utilizando cada um deles, como instrumento contundente, a sua caçadeira, de que resultou ter a do arguido ficado com a coroa partida e a do A com os canos tortos”. Entretanto e tendo C chegado ao local da briga, logo B, dirigindo-se ao seu filho, disse-lhe, “em voz alta e como quem dá uma ordem: ‘Fode-o, fode-o já, se não fode-o eu’”. Nesse preciso momento, o arguido C apontou a caçadeira que trazia consigo (...), na direcção do A e, àquela distância de cerca de 2 metros, disparou dois tiros seguidos” de que resultaram as lesões “que foram causa directa e necessária” da morte da vítima.

Confirmando a decisão recorrida, também o STJ considera existir *in casu* co-autoria:

“Se a conduta do B não era, por forma directa e imediata, *idónea* a produzir o resultado típico, não pode duvidar-se de que, nas concretas circunstâncias relatadas (*em que releva o laço moral e a situação de dependência do C perante o pai*), surge, *ainda segundo as regras da experiência comum*, que a conduta do B era de natureza a fazer esperar

que se lhe seguisse, como seguiu, o disparo dos tiros pelo filho (...). De concluir, portanto, que o B praticou, em conjugação com o filho C, com a intenção de matar, *actos de execução do crime de homicídio* (ver artigo 22. N. 2, alínea c)), *tomando, assim, parte directa na sua execução e constituindo-se seu co-autor material* (artigo 26)”. E termina: “E assim concluímos pela co-autoria dos dois arguidos no homicídio: se é certo que a parte essencial do crime ficou a cargo do C (...), *foi o B quem, em termos de causalidade adequada, decisivamente desencadeou a acção*<sup>937</sup>” (os “itálicos” são nossos).

É curioso registar que, ao contrário do que acontecerá, progressivamente, na jurisprudência do nosso “tribunal de revista”, neste momento ainda prevalecem na apreciação da comparticipação criminosa os critérios estritamente objectivos próprios da teoria da causalidade: idoneidade, adequação, regras da experiência comum, etc. Critérios estes que, aliás, continuam presentes na concepção de autoria legalmente consagrada *ex vi* art. 26.º, CP, mas em conjugação com outros específicos da teoria do domínio do facto, informando estes últimos as três primeiras alternativas do sobredito artigo (autoria imediata, autoria mediata e co-autoria) e os primeiros a 4.ª alternativa (instigação).

Tendo isto presente, assim como a relação de supra-infra ordenação característica da instigação (elemento subjectivo), somos levados a crer que o STJ deveria ter optado por considerar B autor-instigador do crime de homicídio praticado em autoria imediata por C: fazendo uso da ascendência moral que um pai tem, por regra, sobre o filho, aquele *determinou* o segundo a disparar contra a vítima, constituindo-se, destarte, em *causa necessária* da morte desta (resultado típico); qualificar B como co-autor significa desvalorizar aquela dimensão subjectiva parificando as condutas criminosas de pai e filho no quadro de uma co-autoria, que é, sobretudo, mediata no que respeita a B<sup>938</sup>, imediata quanto a C.

### II.2.2. Síntese crítica

<sup>937</sup> Acórdão do STJ, de 18-3-1993, par. 4.

<sup>938</sup> Vide a nossa crítica ao conceito jurisprudencial de “co-autoria mediata” desenvolvido pelo TPI [Parte Terceira, capítulo I, par. I.1.1.2.].



Não querendo antecipar o que diremos nas conclusões finais da nossa investigação, limitar-nos-emos a acentuar, agora, os aspectos que, na perspectiva das exigências metodológicas postas pelo princípio da legalidade em direito penal, nos parecem mais críticos na análise a que procedemos dos acórdãos do STJ.

Assim e por um lado, verifica-se uma clara tendência para diluir no âmbito da co-autoria todas ou quase todas as outras formas particulares de comparticipação criminosa, incluindo as ditas “acessórias” ou de participação *stricto sensu*. Para tanto contribuem em especial as seguintes circunstâncias:

- dificuldade prática na delimitação da execução face à preparação, alargando-se a actos que se inscrevem, exclusivamente, nesta fase precoce do *iter criminis* toda a intervenção criminosa de agentes considerados co-autores, em manifesto desrespeito da componente legal objectiva da co-autoria (“tomar parte directa na sua execução”)<sup>939</sup>;
- prevalência de o “acordo” na determinação do conteúdo de sentido normativo da co-autoria, conduzindo a uma compreensão, marcadamente, subjectivista desta forma particular de autoria, que contraria a unidade objectiva-subjectiva de o “domínio do facto”<sup>940</sup>;
- caracterização insuficiente da intervenção objectiva dos diversos agentes no facto punível, colocando em crise o princípio da tipicidade que é uma dimensão fundamental do ditame constitucional da legalidade criminal<sup>941</sup>;

Por outro lado, certos Acórdãos do STJ refletem a ambiguidade conceptual que caracteriza o artigo 26.º, CP, mesclando ao nível da fundamentação de direito critérios provenientes de compreensões doutrinárias distintas sobre autoria (causal e final)<sup>942</sup>.

É, porém, exemplar a aplicação que o STJ faz da teoria do domínio do facto no seu Acórdão de 6-10-2004 (relatado pelo Conselheiro Henriques Gaspar), particularmente no cuidado extremo que esse acórdão revela quanto à valoração jurídico-penal dos factos provados e que conduz o tribunal *ad quem* a absolver dois co-arguidos condenados pelo tribunal *a quo* como co-autores (por inexistência de

---

<sup>939</sup> Vide, entre outros, os Acórdãos do STJ, de 31-3-2011, de 19-1-2011, 3-10-2007 e 12-7-2000, respectivamente.

<sup>940</sup> Vide, entre outros, os Acórdãos do STJ, de 8-6-2011, 27-5-2009 (tráfico de estupefacientes), 27-5-2009 (homicídio), 18-6-2008, 10-1-2008, 10-10-2007, 15-2-2007, 3-11-2005, 21-10-2004 e 9-5-2001, respectivamente.

<sup>941</sup> Vide, entre outros, os Acórdãos do STJ, de 17-2-2011, 2-5-2007 e 7-12-2005, respectivamente.

<sup>942</sup> Vide, entre outros, os Acórdãos do STJ, de 15-12-2011 (caso paradigmático), de 31-3-2004 e 22-3-2001, respectivamente.

manifestações externas de comparticipação criminosa, não obstante o acordo prévio firmado com os demais co-arguidos) e a considerar a actuação de outros dois co-arguidos, não como de co-autoria, mas de mera cumplicidade, em virtude dessa actuação se revelar objectivamente insuficiente para conferir ao respectivo agente o domínio funcional do facto.

Estranhamente e no que respeita à autoria mediata, procura-se delimitar o respectivo sentido e alcance, não - como se imporia - em função do critério de domínio do facto (*rectior*, “domínio da vontade”), mas recorrendo, em última análise, à concepção objectivo-material de execução. Assim e em virtude da diferença estrutural (a que aludimos já) que a nossa lei penal consagra entre autoria mediata e instigação, pretende-se, ao fim e ao cabo, justificar a punição do “homem da retaguarda” afirmando-se tanto no acórdão de fixação de jurisprudência como no recorrido que a respectiva actuação “é de molde a integrar a previsão do artigo 26.º do CP, na modalidade de autoria mediata *na forma tentada prevista no artigo 22.º, n.º 2, alínea c), do mesmo diploma*<sup>943</sup>” (o “itálico” é nosso). Que tanto é dizer que será, a final, a doutrina da causalidade expressa na conhecida fórmula de Frank<sup>944</sup> expurgada da sua conotação naturalística a facultar-nos o critério decisivo (*ratio iuris*) da consideração *in casu* do “homem de trás” como autor mediato.

Aliás, é, também, com base na mesma fundamentação dogmático-legal que noutro acórdão anterior<sup>945</sup> o STJ vem a decidir-se – não já pela autoria mediata – mas, sim, pela co-autoria, sendo certo que tanto nesta situação como na que é objecto da referida decisão de uniformização a qualificação jurídico-penal *secundum legem* da intervenção criminosa em apreciação deveria reconduzir-se à figura da instigação. Diz-se, agora, que o co-arguido é co-autor porque, em conjunção com o seu filho, tomou parte directa na execução, praticando actos da espécie prevista no art. 22.º, n.º 2, al. c), CP.

Concluindo: todos estes desacertos e tergiversações a nível decisório são reveladores de uma assimilação jurisprudencial deficiente da teoria do domínio do facto que o STJ afirma reiteradamente adoptar. Todavia e se, por um lado, essa

<sup>943</sup> *Diário da República* n.º 139. cit., p. 4587 e Acórdão do STJ, de 16-10-2008, J).

<sup>944</sup> Segundo a chamada fórmula de Frank, são também executivas as acções que formam com as tipicamente descritas uma unidade naturalística (*vide* CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – vol. II*. cit., p. 229).

<sup>945</sup> Acórdão do STJ, de 18-3-1993.

assimilação está, ela própria, prejudicada por uma concepção legal de autoria na qual convergem posições doutrinárias opostas – final (autoria imediata, autoria mediata e co-autoria) e causal (instigação) -, cuja articulação normativa num só preceito que disciplina uma única e determinada realidade juspenal nos parece doutrinariamente criticável, além de constitucionalmente nos suscitar as maiores dúvidas na perspectiva das exigências postas pelo princípio da legalidade criminal, por outro lado, são diversas as situações em que o STJ decide *praeter* ou até *contra legem* em prejuízo do(s) arguido(s)<sup>946</sup>.

## II.3. Tribunais da Relação

Diversamente do que se verifica em sede do STJ, as Relações garantem ao recorrente uma ampla reapreciação da matéria de facto que serviu de suporte à decisão do tribunal de 1.<sup>a</sup> instância. Efectivamente e para além da invocação dos vícios inerentes ao texto da decisão recorrida, “por si só ou conjugada com as regras da experiência comum” (cfr. art. 410.º, n.º 2, CPP), o recorrente pode impugnar, com base nos elementos de documentação da prova produzidos em julgamento, “os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados” (erro de julgamento). Todavia e sem esquecer o ónus que lhe é imposto de uma correcta delimitação do âmbito do recurso, existem, nesta segunda hipótese, outras limitações que são específicas da actividade cognitiva das próprias Relações<sup>947</sup>: a) a falta de contacto directo com as provas, que os princípios de oralidade e imediação asseguram, circunscrevendo-se esse contacto ao que consta das gravações; b) a proibição legal de se ir para além das “balizas” do objecto do recurso delimitadas em função do teor das conclusões extraídas pelo recorrente da motivação apresentada (cfr. art. 412.º, n.º 1, CPP), traduzindo-se, pois, a reapreciação da matéria de facto num julgamento/reexame meramente parcelar; c) a possibilidade

---

<sup>946</sup> Convém recordar a este propósito as avisadas considerações de natureza político-criminal feitas por PINTO, Basílio de Sousa. *Lições de Direito Criminal Português*. cit., p. 82: “De se não estabelecer diferença entre os delinquentes, e por consequência nas penas, graves inconvenientes podem seguir-se, que se remedeiam, fazendo-a: a lei que os assemelha e iguala, diz Rossi, parece sugerida por malfetores. Se se estabelecer uma escala de gradação de moralidade, evitar-se-ha a perpetração de muitos crimes, porque quando muitos homens se associam para commetter um delicto, quanto maior for o risco, tanto mais eles tractarão de o tornar igual para cada um d’elles. Se a pena for igual para todos os papeis da tragédia do crime, a distribuição facilmente se fará; se for desigual, fugirão todos de representar os papeis de maior perigo, e o resultado será muitas vezes a desintelligencia, pelo que se deixará de perpetrar o crime”.

<sup>947</sup> Vide, por todos, Sumário do Acórdão do STJ, de 25-3-2010, VI; disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

de alteração da matéria de facto dada como provada apenas na hipótese de se concluir que os elementos de prova não somente permitem como impõem uma outra decisão. Por todas estas razões, constitui jurisprudência reiterada dos nossos tribunais superiores o reconhecimento que o recurso para a relação da matéria de facto dada como assente em 1.<sup>a</sup> instância não corresponde a um novo julgamento em que a 2.<sup>a</sup> instância deva apreciar toda a prova produzida e documentada perante o tribunal *a quo*, como se a audiência de julgamento aí realizada não tivesse acontecido.

### II.3.1. Análise da jurisprudência

Tendo presente estes condicionalismos que resultam da nossa lei processual penal, analisaremos de seguida uma “amostra” contendo quatro decisões judiciais do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), sete do Tribunal da Relação do Porto (TRP), cinco do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC), três do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG) e três do Tribunal da Relação de Évora (TRE). Dar-se-á preferência aos acórdãos mais recentes, resumindo, por último, a análise feita numa “síntese crítica”.

#### II.3.1.1. Tribunal da Relação de Lisboa

##### 1.º Acórdão do TRL, de 30-6-2011 (Contrafacção de moeda)<sup>948</sup>

Está em causa a prática por dois arguidos, em co-autoria e concurso efectivo de infracções, de um crime de contrafacção de moeda e outro de falsificação informática p. e p., respectivamente, pelos artigos 262.º, n.º 1 e 267.º, n.º 1, al. c), ambos do CP<sup>949</sup>, e pelo artigo 3.º, ns.º 1 e 2, da Lei n.º 109/2009, de 15/09 (que

<sup>948</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Secção Criminal, de 30 de Junho de 2011 (Proc. n.º 189/09.3JASTB.L1-5), relatado por Filomena Lima (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 15-8-2012).

<sup>949</sup> Segundo o art. 262.º, n.º 1, CP, que tem como epígrafe *Contrafacção de moeda*, “Quem praticar contrafacção de moeda, com intenção de a pôr em circulação como legítima, é punido com pena de prisão de três a doze anos”. Por sua vez, o art. 267.º, n.º 1, al. c), estatui que “Para efeitos do disposto nos artigos 262.º a 266.º, são equiparados a moeda os cartões de garantia ou de crédito”. Se o art. 255.º, al. d), CP, define *moeda* como “o papel moeda, compreendendo as notas de banco, e a moeda metálica, que tenham, esteja legalmente previsto que venham a ter ou tenham tido nos

transpôs para a ordem jurídica interna a Decisão-Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro)<sup>950</sup>. Tendo um dos co-arguidos - A2 - posto em causa a concreta relevância criminal da sua actuação, admitindo que ela possa integrar, quando muito, o conceito de participação por cumplicidade (n.º 3 das conclusões), interessa à nossa investigação a seguinte factualidade dada como provada:

Tendo o arguido A1... estabelecido “contactos com indivíduos, cuja identidade não se logrou apurar, com vista a deslocar-se para Portugal, trazendo consigo equipamento electrónico, para proceder à recolha ilícita de dados contidos nas bandas magnéticas de cartões bancários e respectivos PIN’s” (n.º 3 da matéria de facto), dados esses que se destinavam “a permitir o acesso ilícito às contas bancárias associadas aos mesmos, através da inserção e gravação dos dados, em cartões não originais (contrafeitos) e com recurso a estes proceder à realização de movimentos/levantamentos de dinheiro que sabiam não lhes pertencer” (n.º 4 da matéria de facto), veio o referido arguido A1... a deslocar-se, efectivamente, para Portugal, na posse daquele equipamento electrónico (n.º 8 da matéria de facto). Já no nosso país “o arguido A1... exibiu e deu a conhecer o respectivo modo de funcionamento ao arguido A2..., após o que, ambos actuando de forma concertada, e juntamente com outros indivíduos cuja identidade não se logrou apurar, decidiram em conjunto

---

últimos 20 anos curso legal em Portugal ou no estrangeiro”, já por *contrafacção* tem-se entendido o “conjunto de actos materiais de que resulta a produção de moeda *integralmente* falsa, i. e., cujo fabrico não se encontra coberto por ordem ou autorização da entidade competente (COSTA, A. M. Almeida. “Artigo 262.º”, em DIAS, Jorge de Figueiredo (org.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial (Tomo II)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 768). Quanto aos chamados “cartões de garantia e de crédito”, trata-se, respectivamente, daqueles que caucionam o pagamento da soma constante de um cheque bancário apresentado em simultâneo (o exemplo mais comum é o “cartão eurocheque”) e dos que possibilitam a aquisição directa e imediata de bens ou serviços por parte do seu titular, vindo a entidade emissora a obter *a posteriori* desse titular o reembolso dos pagamentos efectuados. Esta última categoria não inclui os chamados “cartões de débito”, na medida em que “envolvendo as operações de compra com eles efectuadas a subtracção *imediata* dos montantes na conta bancária do titular, as suas falsificações e subsequente utilização consubstanciam, respectivamente, a preparação e a execução de um atentado *directo* ao património do titular do cartão de débito, reconduzível ao tipo legal do furto” (*ibidem*, p. 812).

<sup>950</sup> De acordo com o art. 3.º, ns. 1 e 2, Lei n.º 109/99, de 15/09, “1. Quem, com intenção de provocar engano nas relações jurídicas, introduzir, modificar, apagar ou suprimir dados informáticos ou por qualquer outra forma interferir num tratamento informático de dados, produzindo dados ou documentos não genuínos, com a intenção de que estes sejam considerados ou utilizados para finalidades juridicamente relevantes como se o fossem, é punido com pena de prisão até 5 anos ou multa de 120 a 600 dias. 2. Quando as acções descritas no número anterior incidirem sobre os dados registados ou incorporados em cartão bancário de pagamento ou em qualquer outro dispositivo que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado, a pena é de 1 a 5 anos de prisão”.

utilizá-lo e proceder à sua instalação sobre as máquinas A.T.M.'s originais... (n.º 9 da matéria de facto). (...) Na sequência da instalação por parte dos arguidos A1... e A2... dos dispositivos electrónicos acima referidos no dia 17.12.2009 na A.T.M. do M... e nos dias 18.12.2009, 20.12.2009 e 21.12.2009 na A.T.M. do B..., os dados contidos em alguns dos cartões bancários que aí genuinamente foram utilizados pelos seus legítimos proprietários (...) foram copiados” (n.º 28 da matéria de facto). Assim e “na posse dos dados relativos às bandas magnéticas e PIN's dos cartões referidos no ponto que antecede, e de forma não concretamente determinada, os arguidos procederam à transmissão dos mesmos a indivíduos cuja identificação não se logrou igualmente apurar, tendo os mesmos sido utilizados nos dias imediatamente seguintes, em levantamentos em dinheiro ocorridos em Alarcon, Espanha e Nairobi, no Quénia, os quais foram feitos (...) com recurso a cartões bancários não originais (contrafeitos) onde tinha sido colocada a informação da banda magnética dos cartões bancários que tinha sido conseguida pelos arguidos... (n.º 29 da matéria de facto). (...) Com os dados relativos aos 63 cartões bancários portugueses que foram copiados (...) foram efectuados um total de 154 movimentos, (...) que totalizaram um valor global de € 29.707,39” (n.º 33 da matéria de facto). (...) Todavia, destes apenas foram concretizados 23 movimentos, (...) no valor total de € 4.552,29, correspondentes a levantamentos em dinheiro efectuados em Nairobi (Quénia) e Alarcon (Espanha), sendo que quanto aos cartões de crédito apenas foi tentado o pagamento/levantamento de € 644,79, mas tal não foi conseguido por ter sido recusado pelas entidades bancárias” (n.º 34 da matéria de facto).

Como resulta dos factos provados, se, por um lado, a conduta criminosa é imputada, por regra, indistintamente aos dois arguidos (cfr. ns.º 9, 28, 29 e 32 da matéria de facto), por outro, faz-se referência aos contactos privilegiados, ao poder de direcção e à especial capacidade técnica de A1 (cfr. ns.º 3, 8 e 9 da matéria de facto). Entretanto, o tribunal *a quo* diz, na fundamentação da decisão da matéria de facto:

“O visionamento dos CD-R’s é elucidativo quanto à forma como os arguidos actuaram e como colocavam os aparelhos, *e igualmente como embora o arguido A1... fosse quem procedia à colocação era ajudado pelo arguido A2... que fazia o transporte e ajudava no que podia*”. Acrescenta-se aí a respeito do dispositivo electrónico retirado da A.T.M. por elementos policiais que “quando foi recolhido o teclado o mesmo continha impressões digitais, quer na face externa, mas igualmente na face interna do painel, do arguido A1... *Assim, dúvidas não poderiam restar que foi este arguido que procedeu à colocação do mesmo e que no dia e hora em que é visionado pretendia proceder ao seu levantamento, sendo acompanhado pelo arguido A2..., que no caso estaria encarregue de proceder à vigilância para segurança do agente actuante, o que acabou por acontecer porque saíram do local por sentirem que a situação não era segura*”. Concluindo o mesmo tribunal: “Quanto à participação dos arguidos e à sua motivação, não se pode deixar de concluir das suas acções que o arguido A1... ao chegar a Portugal pôs o arguido A2... a par do plano que tinha, e que este decidiu intervir nele. *O arguido A2... tinha o conhecimento desta zona e conseguia assim identificar as caixas A.T.M. a serem intervencionadas, permitia uma base de operações ao arguido A1... que se instalou na sua casa, procedia ao transporte do material, procedia à vigilância em algumas circunstâncias, deslocava-se às A.T.M’s para verificar do seu funcionamento após a colocação dos ‘skimmer’s’. Embora fosse o arguido A1... o ‘técnico’ a actuação do arguido A2... era igualmente essencial a que a situação desejada se concretizasse*<sup>951</sup>” (os “*itálicos*” são nossos).

Perante todas estas considerações respeitantes à matéria de facto, o TRL não tem dúvida em confirmar a apreciação feita pelo tribunal de 1.<sup>a</sup> instância quando imputa ao recorrente a prática dos factos, a título de co-autoria. É que no dizer da Relação as acções externas que lhe são atribuídas não nos permitem outra conclusão, acções essas que o tribunal *ad quem* descreve nos seguintes termos:

---

<sup>951</sup> Acórdão do TRL, de 30-6-2011, par. 2.1., al. c).

“(...) acompanhando o co-arguido na instalação do equipamento nos A.T.M., mantendo-se em vigilância enquanto o co-arguido operava, como é referido pelos inspectores da PJ que fizeram vigilância, nomeadamente T... ao descrever o que verificou no B... do P... e pelo inspector T1... que verificou que o A2... se encontrava dentro do Seat Leon enquanto o A1... observava os movimentos policiais junto do A.T.M. de A... (B...). A tudo acresce o facto de o A1... se encontrar a viver na casa do A2... onde foi realizada a busca e apreensão de todos os objectos relacionados com as operações em curso”. Terminando, assim, o seu raciocínio: “Toda esta ponderação dos factos tem como pressuposto essencial a avaliação das actuações dos arguidos, *na perspectiva do efeito produzido pela dinâmica dessa acção conjunta e independentemente da actuação isolada de cada um deles*, já que o ‘ligante’ que dá consistência a tais actuações é o objectivo que se propõem ainda que tal propósito conjunto tenha sido estabelecido de forma tácita e sem precedência de um plano traçado explicitamente e com divisão de tarefas individuais. (...) A adesão a um propósito comum existiu no caso *e as acções de cada um, incluindo a do recorrente, são idóneas à produção do resultado pretendido por todos e é necessária a tal realização*, nomeadamente dando segurança aos assaltantes e pretendendo garantir a impunidade<sup>952</sup>” (os “*itálicos*” são nossos).

Num esforço de interpretação da argumentação aduzida, quer-nos parecer que o TRL fundamenta a existência *in casu* de co-autoria na concreta prevalência de um propósito comum (ambos os arguidos quiseram o resultado como próprio e nesse sentido concertaram as respectivas vontades criminosas) e na essencialidade causal das contribuições de cada um, tendo em vista a efectivação do resultado típico. Todavia, se o elemento subjectivo *de per se* é, manifestamente, insuficiente para alicerçar o “domínio do facto”, já a componente objectivo-causal revela-se totalmente estranha a esse domínio. Daí, porventura, o conceito doutrinariamente obscuro de autoria que o tribunal de recurso extrai do art. 26.º, CP:

“Esta actuação conjunta em execução e plano conjunto integra o conceito de autoria fornecido pelo art. 26.º CP, não se podendo esquecer que a

<sup>952</sup> Acórdão do TRL, de 30-6-2011, par. 3.2.



tónica da definição da autoria se há-de colocar no domínio do facto, *podendo o crime ser todo ele executado por intermédio de outrem sem que isso determine a perda do domínio do facto por quem o planeou conjuntamente com o executante nem deixa de ser autor quem determina outrem à sua prática*<sup>953</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

2.º Acórdão do TRL, de 29-6-2010 (Roubo)<sup>954</sup>

Em processo resultante da separação de um outro, em que o arguido, com outros 10 indivíduos, tinha sido pronunciado pela prática, em co-autoria, de diversos crimes, veio aquele arguido a ser condenado, em concurso efectivo de infracções, por um crime de associação criminosa, seis crimes de roubo agravado, um crime de roubo simples, um crime de falsificação e um crime de sequestro. Tendo o tribunal *ad quem* absolvido o recorrente de todos estes delitos à excepção de três – dando-lhe, assim, parcialmente, razão quando argumenta que nenhuma prova se fez da sua participação em qualquer das infracções *sub judice* (n.º 16 das conclusões) - analisaremos apenas a intervenção do sujeito em causa nos crimes por que é, a final, condenado: um de roubo simples e dois de roubo agravado. Assim (os “*itálicos*” são nossos),

Tendo o **arguido** decidido “com outros indivíduos (...) organizar-se em grupo com o objectivo principal de fazerem seus veículos com características determinadas, vulgarmente conhecidos por veículos ‘topo de gama’, e também ‘todo-o-terreno’ e de valor consideravelmente elevado” [I-a) da matéria de facto], acordaram, também, que “tais veículos seriam transportados para países da União Europeia (nomeadamente, Bélgica e Holanda) por alguns elementos do grupo, com vista à sua exportação para países do continente africano (nomeadamente para Angola), de acordo com encomendas feitas pelos interessados, residentes nesse país [I-b) da matéria de facto]. (...) Mais decidiram que seriam exibidas armas e exercida força física contra as vítimas, com vista a obrigá-las à entrega das chaves e dos documentos dos veículos,

<sup>953</sup> Acórdão do TRL, de 30-6-2011, par. 3.2.

<sup>954</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Secção Criminal, de 29 de Junho de 2010 (Proc. n.º 124/04.5TCLSB.L1-5), relatado por Pedro Martins (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 17-8-2012).

representando tal facto um acréscimo de lucro na sua venda, uma vez que os veículos chegariam aos seus destinatários sem sinais de arrombamento [I-e) da matéria de facto]. Decidiram igualmente que iriam obrigar os ofendidos a fazer-lhes a entrega de objectos pessoais, documentos e dinheiro, e a acompanhá-los até determinados locais, privando-os assim da liberdade [I-f) da matéria de facto]. Sempre que era necessário esclarecer ou decidir qualquer assunto relacionado com a actividade delituosa desenvolvida pelo grupo, os indivíduos trocavam chamadas telefónicas, entre eles *e com o arguido*, pois todos eram possuidores de telemóvel” [I-g) da matéria de facto]. Entretanto, “outro núcleo de elementos, designadamente, Júlio A... e Rodrigues G... mantinham contactos com indivíduos de nacionalidade angolana residentes naquele país, que pretendiam adquirir veículos com aquelas características, e logo que tais indivíduos manifestavam interesse em adquirir tais veículos, *transmitiam tal conhecimento ao arguido* [I-j) da matéria de facto]. O **arguido** coordenava toda a actividade do grupo, *assumindo a posição de líder*, recebendo as ‘encomendas’ dos veículos, *ficando normalmente afastado dos locais dos roubos*, mantendo por vezes o contacto telefónico com os operacionais e os outros membros do grupo, *por forma a controlar toda a actividade delituosa desenvolvida*” [I-l) da matéria de facto]. Na execução de todo este plano, “pelo menos quatro dos indivíduos”, tendo avistado a vítima, que estacionava o seu veículo automóvel, “formularam o objectivo de fazerem seu tal veículo (respectivamente, ns.º II-32, II-33 e II-34 da matéria de facto). Entretanto, o **arguido**, Pedro A..., Daniel F... e Rodrigues G..., mantinham-se em contacto telefónico com os restantes indivíduos, aguardando o desenrolar dos acontecimentos junto à zona do Parque das Nações” (II-35 da matéria de facto). Assim, quando a vítima “se dirigia à porta do seu prédio, foi empurrada por um dos indivíduos, o que a fez cair no chão. O indivíduo pisou-lhe ambas as mãos, impedindo-a de se levantar (II-36 da matéria de facto). A ofendida foi então revistada, tendo-lhe sido retirada a carteira que trazia a tiracolo, bem como as

chaves do seu veículo (II-37 da matéria de facto). Seguidamente os indivíduos puseram-se em fuga, na posse dos objectos pertencentes à ofendida e do veículo (II-38 da matéria de facto). O veículo foi entregue por José A... a Rodrigues G..., sendo que o R... entregou ao José A... e aos restantes indivíduos e **arguido** uma quantia em dinheiro correspondente ao pagamento da acção levada a cabo” (II-39 da matéria de facto). Alguns dias depois, seis indivíduos “avistaram Vítor A... com uma filha menor de quatro anos de idade ao colo, bem como a mulher deste último que havia estacionado o veículo (...) pertença do primeiro (respectivamente, ns.º II-44 e II-45 da matéria de facto). O **arguido** e os demais indivíduos conforme o previamente decidido, formularam a decisão de fazerem seu este veículo” (II-46 da matéria de facto), tendo “o **arguido** e Artur P...” supervisionado “a acção destes últimos, num outro veículo, num local afastado (II-47 da matéria de facto). Os indivíduos cercaram então Vítor A... e de forma repentina desferiram-lhe um pequeno golpe na região dorsal com uma faca (...) apontando ainda uma pistola de gás transformada (...) à cabeça da filha menor do ofendido (II-48 da matéria de facto). (...) Seguidamente, os indivíduos dirigiram-se a Ana A..., cercaram-na, retiraram-lhe as chaves do veículo ‘todo-o-terreno’ e ainda a carteira que a mesma usava ao ombro e que continha diversos documentos pessoais, bem como o seu telemóvel...” (II-50 da matéria de facto). Acto contínuo, “cinco dos elementos entraram no veículo de Vítor A... e abandonaram o local, enquanto o sexto indivíduo abandonou o local no veículo de cor escura no qual os mesmos haviam chegado (II-51 da matéria de facto). (...) Nesse mesmo dia, (...) Sebastião F... telefona ao **arguido** informando que o roubo foi efectuado com êxito” (II-53 da matéria de facto).

Em sede de “indicação dos meios de prova e sua análise crítica” (cfr. art. 374.º, n.º 2, CPP), o tribunal *a quo* assinala referindo-se ao depoimento do inspector da PJ que encabeçou a operação de investigação prévia dos factos (os “itálicos” são nossos):

“Das muitas interceções telefónicas pôde constatar que se tratava de um grupo de indivíduos com alguma estrutura organizativa. ‘O *arguido* era o *cabecilha* desses indivíduos’ – disse” (ponto X);

“Após receberem o dinheiro, normalmente havia o frenesim da sua distribuição, mas por vezes desentendiam-se. Pelas escutas notava-se que havia uma estrutura organizativa, *nomeadamente que o líder era incontestavelmente o arguido*” (ponto B1);

“O arguido estava inevitavelmente sempre na periferia, *não intervinha directamente nos roubos*” (ponto C1, *in fine*);

“Dentro do grupo de indivíduos era o arguido que era o mais velho e que tinha mais conhecimento. Era, segundo este inspector da Polícia Judiciária, o mais respeitado. ‘Era ele que, no fundo, coordenava as coisas, que orquestrava’. *Havia um ‘acordo tácito’ de liderança*. ‘O arguido tinha um conhecimento um bocado mais além para despachar esses carros que eram roubados por encomenda’ – frisou” (ponto E1);

“Relativamente ao Mercedes de dois lugares que foi subtraído, pela força física, a Teresa H... esclareceu que o mesmo teve um acidente em França. Disse-nos que esse roubo está ‘documentado’ nas conversas telefónicas entre o T e o arguido. *O arguido assumiu o pagamento do preço*” (ponto L1).

Por sua vez, o tribunal de 1.<sup>a</sup> instância acrescenta que “transcrições há onde *o arguido ‘dá força’ aos miúdos*, diz-lhes frequentemente para manterem a ‘calma’ e constantemente fala com eles ao telefone, sempre sabendo onde estão e se já entregaram os veículos” (ponto V1).

Invocando a posição doutrinária defendida por Figueiredo Dias, que interpreta o segmento legal característico da co-autoria: “tomar parte directa na sua execução” no sentido de se exigir aí, não propriamente a prática ainda que parcial de actos de execução, mas, sim, uma intervenção na fase de execução<sup>955</sup>, o TRL vem a decidir-se a favor da co-autoria do arguido nos crimes acima descritos, na medida em que, num dos casos (roubo simples do “Mercedes”), acompanhou por telemóvel o desenrolar do acontecimento tendo recebido também o pagamento da acção levada a cabo (respectivamente, pontos II/35 e II/39 da matéria de facto) e, no outro (roubos agravados do “Mitsubischi” e da vítima Ana A...), supervisionou à

<sup>955</sup> Afirma DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 795: “Como bem nos parece acentuar Roxin, uma de duas: ou o planeador dirige também ele próprio a operação – mesmo que à distância – e deve ser considerado co-autor; ou se limita a concebê-la, de todo se desinteressando da efectiva realização, e ele só pode ser então instigador ou cúmplice”.

distância a execução por parte dos “operacionais” sendo mais tarde informado do êxito da “operação” (respectivamente, pontos II/47 e II/53 da matéria de facto).

A nossa “leitura” dos factos provados é distinta: resultando deles (e, também, da apreciação crítica das provas feita pelo tribunal de 1.<sup>a</sup> instância) que o arguido é, incontestavelmente, o líder do grupo<sup>956</sup> e nunca intervém directamente na execução dos diversos delitos<sup>957</sup>, a sua actuação situa-se na fase preparatória sendo, todavia, determinante de todos os delitos praticados, e não apenas daqueles que lhe são imputados pela Relação. Destarte, ele constitui-se à luz do art. 26.º, 4.<sup>a</sup> alternativa, CP, em *causa necessária* da actividade criminosa do grupo e, consequentemente, em instigador dessa mesma actividade.

Enferma, portanto, a decisão *sub judicio* dos seguintes vícios assinalados já na nossa “síntese crítica” à jurisprudência do STJ em sede de autoria: 1) prevalência dogmático-prática de o acordo firmado entre todos os intervenientes conduzindo à diluição das concretas relações de poder que esse acordo possibilita e acoberta; 2) dificuldade em distinguir *in concreto* os actos de preparação dos de execução, sendo essa dificuldade favorecida pela consagração legal de um conceito de actos executivos assente em critérios de idoneidade ou adequação (causalidade) imprestáveis à luz de uma teoria de a autoria fundada no domínio do facto.

### 3.º Acórdão do TRL, de 19-11-2008 (Roubo)<sup>958</sup>

No recurso que interpõe da decisão do tribunal de 1.<sup>a</sup> instância, o arguido B alega que “não existiu por parte do recorrente actuação directa nem domínio do facto”, devendo “quanto muito, ter sido condenado como cúmplice nos termos do disposto no artigo 27.º CP” [respectivamente, conclusões e) e r)]. A factualidade dada como provada que, no entender do tribunal *a quo*, fundamenta a imputação a B, em concurso real de infracções, da prática como co-autor de um crime de roubo simples e quatro de roubo agravado poderá resumir-se do seguinte modo:

No dia 17/02/07, os arguidos A e B decidiram, em sucessivas ocasiões, abordar determinados indivíduos, que circulavam apeados em locais sem outros transeuntes,

<sup>956</sup> Vide, sobretudo, os pontos I-g), I-j) e I-l) da matéria de facto, e os pontos X, B1, E1 e V1 da apreciação crítica das provas.

<sup>957</sup> Vide, sobretudo, ponto C1 da apreciação crítica das provas.

<sup>958</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Secção Criminal, de 19 de Novembro de 2008 (Proc. n.º 9737/2008-3), relatado por Carlos Almeida (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 28-8-2012).

tendo em vista apoderar-se de bens ou valores que as vítimas trouxessem consigo. Mais decidiram que seria A a atacar directamente os ofendidos, ameaçando-os com uma navalha, enquanto B se encarregaria de fazer vigilância, em ordem a impedir a aproximação de qualquer pessoa. Plano este que foi executado com êxito por três vezes – da primeira vez, contra um indivíduo e nas duas seguintes, em cada caso, contra dois indivíduos -, vindo, todavia, os arguidos a ser detidos mais tarde e ainda na posse dos bens roubados<sup>959</sup>.

A Relação confirma o acórdão recorrido sustentando que os factos provados demonstram que B deve ser considerado co-autor, na medida em que exerce “*uma função necessária e autónoma no quadro da cooperação*”<sup>960</sup> (o “*itálico*” é nosso). Neste sentido, cita Roxin quando afirma referindo-se ao vigilante que “desempenha já uma função necessária na perspectiva da nossa teoria aquele que teria de intervir caso se verificassem as circunstâncias pertinentes”<sup>961</sup>. Todavia e para além deste critério não poder ser entendido isoladamente mas apenas em conjugação com uma ideia de “divisão funcional do trabalho”<sup>962</sup>, convém não esquecer que, diversamente do que sucede na nossa lei penal vigente, o § 25.2, do CP alemão<sup>963</sup>, relativo à co-autoria, não faz qualquer referência expressa a “tomar parte directa” na execução do facto.

Assim e como temos vindo a sustentar, só será co-autor quem, tendo praticado um ou mais actos de execução, por acordo e conjuntamente com outro ou outros, detenha por força destas circunstâncias – objectiva a primeira, subjectiva a segunda - o domínio do facto: isto é, assuma por si próprio o controlo do *se e como* da realização típica. Ora, o simples vigilante não possui, por definição, esse controlo, devendo, consequentemente, ser considerado cúmplice, não co-autor.

#### 4.º Acórdão do TRL, de 13-7-2005 (Ofensa à integridade física)<sup>964</sup>

<sup>959</sup> Acórdão do TRL, de 19-11-2008, par. 1, pontos 2 a 4 da matéria de facto.

<sup>960</sup> Acórdão do TRL, de 19-11-2008, par. 8.

<sup>961</sup> Acórdão do TRL, de 19-11-2008, nota de rodapé n.º 8, *apud* ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p. 314.

<sup>962</sup> Diz ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p. 313: “Seria incorrecto recorrer ao ponto de partida causal da teoria da necessidade (...), pois no plano lógico todas as condições são igualmente necessárias para um determinado resultado”.

<sup>963</sup> *Vide* nota de rodapé n.º 32.

<sup>964</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Secção Criminal, de 13 de Julho de 2005 (Proc. n.º 1803/2005-5), relatado por Filomena Lima (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 29-8-2012).

Tendo em vista o objecto da nossa investigação, interessa-nos apenas a seguinte factualidade dada como provada:

Tendo-se envolvido em acesa discussão “com o assistente D (...) por questões de trânsito” e “na sequência dessa discussão, os arguidos desferiram em D murros e pontapés, em comunhão de esforços (respectivamente, ns.º 1 e 2 da matéria de facto). (...) Em consequência dessas agressões resultou para D contusão periorbitária esquerda com extensa equimose” (n.º 4 da matéria de facto). (...) Entretanto, na sequência do envolvimento acima descrito os arguidos dirigiram-se à viatura de D, um Mercedes Benz, (...) que se encontrava estacionado no local e saltando para cima do mesmo e desferindo pontapés, quebraram os faróis do automóvel, a grelha do capot, farolins traseiros e amolgaram a chapa do capot, do tejadilho, da porta traseira esquerda e do guarda lamas traseiro direito” (n.º 6 da matéria de facto).

O tribunal colectivo condenou os arguidos, em concurso real de infracções, como co-autores de um crime de ofensa à integridade física simples e um crime de dano. Na fundamentação da decisão de facto, aquele tribunal afirma a dado passo: “Não foram utilizadas armas de qualquer espécie e na natural confusão gerada, aliás típica de acontecimentos similares, os arguidos dividiram-se, *sem rigor na distribuição de tarefas mas todos concorrendo para os mesmos resultados com os seus esforços*, entre agredir a vítima e atacar o veículo”. E quando procede ao enquadramento jurídico dos factos provados, esclarece: “Em caso de co-autoria, para efeitos de preenchimento do tipo, *não é necessário que se determine a exacta acção de cada participante* – cfr. art. 26.º, do Código Penal. *Basta que todos tenham contribuído de forma determinante para o resultado criminoso em união de esforços*, independentemente da concreta distribuição de tarefas quanto a cada acto de execução no seio do plano criminoso, plano esse ainda que tácito. E é o que se verifica no presente caso concreto *com a actuação concertada dos arguidos com vistas aos resultados criminosos* – cfr. factos 2, 3, 4, 6 e 7<sup>965</sup>” (os “itálicos” são nossos).

---

<sup>965</sup> Acórdão do TRL, de 13-7-2005, par. 2.3.

Em resposta a uma das questões colocadas por dois dos três arguidos que recorreram da decisão do tribunal *a quo*, a Relação confirma a qualificação jurídico-penal atribuída à sua intervenção nos crimes *sub judicio* considerando:

*“Não obstante se não ter apurado exactamente qual o papel que cada um desempenhou, quer relativamente às agressões quer no tocante aos danos, a actuação foi concertada, obedecendo a um quadro de actuação tacitamente aceite por todos e despoletada pela atitude do assistente, ao dirigir-se ao carro em que seguiam, depois de ter existido já uma prévia picardia rodoviária. E, mesmo que cada um dos arguidos possa não ter cometido todos os factos típicos integradores de cada um dos crimes ou que se não tenha apurado qual a exacta medida da sua participação, certo é que actuaram em comunhão de esforços como se refere no ponto 2, e também como resulta dos pontos 3, 7 e 9 dos factos provados<sup>966</sup>”* (os “*itálicos*” são nossos).

É, particularmente, visível nesta decisão do TRL a prevalência - que assinalámos já - conferida pelos nossos tribunais superiores à componente subjectiva da co-autoria, a expensas da determinação objectiva da participação de cada agente na prática do crime. Se na larga maioria dos casos esta compreensão jurisprudencial conduz a um alargamento excessivo do âmbito normativo da co-autoria contrário às exigências dogmático-restritivas da teoria do domínio do facto subjacentes ao respectivo conceito legal (art. 26.º, 3.ª alternativa, CP), na presente situação a exclusiva ou quase exclusiva valoração judiciária do acordo tácito entre os arguidos traduz-se na clara preterição do princípio da tipicidade (o tipo como tipo de garantia). Por outro lado, afirmar-se que os agentes actuaram *de forma concertada e em conjugação de esforços tendo em vista a realização do resultado típico*, significa, apenas e tão somente, que todos eles são causa desse resultado independentemente da concreta contribuição de cada um para a sua verificação (teoria das condições equivalentes conducente a um conceito unitário de autoria que a nossa lei penal não consagra).

### II.3.1.2. Tribunal da Relação do Porto

<sup>966</sup> Acórdão do TRL, de 13-7-2005, par. 3.7. (*in fine*).



1.º Acórdão do TRP, de 12-1-2011 (Burla)<sup>967</sup>

A não descrição na versão electrónica que nos serve de fonte da factualidade provada e não provada difilcuta, sobremaneira, a análise do presente acórdão. Todavia, é possível inferir do texto dessa decisão judiciária que está em causa *i. a.* a prática, em concurso real de infracções, de um crime de peculato, outro de falsificação de documento e ainda um terceiro de burla qualificada, imputados, a título de co-autoria, aos arguidos B, C, D, J e K.

Assim e no que respeita ao recorrente B, sendo este funcionário dos Correios (“carteiro de giro”) faz-se prova de que, durante um certo período de tempo e por acordo previamente estabelecido com as co-arguidas C, D, J e K (n.º 4 da matéria de facto), subtraiu das “caixas que continham a correspondência de outros giros” diversos envelopes contendo cheques emitidos pela Segurança Social a favor de terceiros, tendo-se apropriado desses documentos que entregou àquelas co-arguidas. Estas, por sua vez e também segundo o planeado, inscreveram ou mandaram inscrever no verso dos cheques recebidos endossos falsos e serviram-se deste artifício para depositar em contas próprias os respectivos montantes.

Acertadamente, a Relação vem a concluir pela não verificação de co-autoria por parte das co-arguidas C, D, J e K no crime de peculato<sup>968</sup> praticado por B. Diz-se a este propósito: “A contribuição destas para a acção delituosa, limitou-se, de acordo com os factos provados ao acordo prévio para a subtracção dos cheques e apoderamento dos respectivos montantes, mas esse acordo inscreve-se, ainda, no âmbito dos actos preparatórios, *não sendo, como tal punível, se desacompanhado de actos de efectiva execução*”. Concluindo, mais adiante, que “o domínio do facto no crime de subtracção de documento pertenceu exclusivamente ao arguido B, *não tendo as co-arguidas C, D, K e J qualquer capacidade de determinar o se e o como de tais acções*<sup>969</sup>” (os “itálicos” são nossos).

---

<sup>967</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Secção Criminal, de 12 de Janeiro de 2011 (Proc. n.º 3182/03.6TDPRT.P1), relatado por Ricardo Costa e Silva (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 7-9-2012).

<sup>968</sup> O TRP entende que não se trata de um crime de peculato, mas, sim, de “danificação ou subtracção de documento e notação técnica” (art. 259.º, CP), na medida em que “não estão preenchidos os elementos típicos do crime de peculato”: dos factos provados resulta claramente que B “não tinha qualquer vínculo funcional com a correspondência que se encontrava nas caixas dos seus colegas e que a sua qualidade de carteiro de giro se limitou a dar-lhe livre acesso ao espaço físico onde as caixas se encontravam” (Acórdão do TRP, de 12-1-2011, par. 17).

<sup>969</sup> Acórdão do TRP, de 12-1-2011, par. 18.

Por outro lado, o representante do MP junto do TRP sustenta no respectivo parecer que a conduta destas outras arguidas no que respeita à prática dos crimes de falsificação e burla “terá de ser considerada individualmente, em autoria material”, uma vez que “o acordo desacompanhado de qualquer acto de execução do crime visado, quando não traduza autoria moral, por intermédio de outrem, *também não traduz co-autoria*<sup>970</sup>” (o “*itálico*” é nosso). Parecer este que o tribunal *ad quem* comenta nos seguintes termos: “Relativamente à actuação individual de cada uma das arguidas referidas e, portanto, à não verificação de co-autoria entre elas, estamos de acordo com o Ex.mo PGA<sup>971</sup>”.

Todavia e contrariando desta feita a opinião do PGA quando , coerentemente, afirma que, não tendo o arguido B praticado actos de execução relativamente aos crimes de falsificação e burla, não há co-autoria por parte deste no cometimento dessas infracções, o TRP vem a argumentar que a execução dos ditos crimes pelas co-arguidas comunica-se àquele B em virtude da *essencialidade* da contribuição deste último para o sucesso do acordado:

“A contribuição, *essencial*, aliás, do arguido B para os crimes de falsificação e burla, consistiu na entrega às suas co-arguidas dos cheques que ele mesmo subtraiu. Este é o facto matricial que aquelas co-arguidas desenvolveram na sequência dessas entregas, para dar execução ao primitivo acordo. *Pode afirmar-se, sem hesitação, que o arguido B teve o domínio do facto relativamente ao acordo inicial*, participando activamente na sua execução com a subtracção e entrega dos cheques<sup>972</sup>, (os “*itálicos*” são nossos).

É dizer que, não apenas se confunde, uma vez mais, *essencialidade* [que é uma ideia própria das teorias objectivo-materiais conducentes a um conceito extensivo de autoria (*auxiliator causam dans*)] com *domínio do facto*, como se atribui novamente à celebração de um acordo prévio (dimensão subjectiva) um papel decisivo na qualificação, a título de co-autoria, de todas as condutas criminosas reconduzíveis a esse acordo.

<sup>970</sup> Acórdão do TRP, de 12-1-2011, par. 20.

<sup>971</sup> Acórdão do TRP, de 12-1-2011, par. 20.1.

<sup>972</sup> Acórdão do TRP, de 12-1-2011, par. 14 (*in fine*).

2.º Acórdão do TRP, de 3-12-2008 (Roubo)<sup>973</sup>

Num acórdão dotado de notável clareza expositiva e amplamente fundamentado, o TRP vem a confirmar a imputação, a título de co-autoria, à arguida B de dois crimes de roubo praticados por esta e outros três indivíduos. São os seguintes os factos provados que interessam à presente discussão:

Sendo todos eles consumidores de droga e “por não possuírem fonte de rendimento suficiente para fazerem face ao seu sustento e vício”, os arguidos D, C, **B** e E “acordaram entre si dirigir-se a postos de combustíveis da região e aí apoderarem-se de quantias em dinheiro que depois repartiriam por todos eles e se destinavam à compra de estupefacientes (respectivamente, ns.º 2.1.4 e 2.1.5 da matéria de facto). Para lograrem os seus intentos, mais propriamente para intimidarem os funcionários e clientes que pudessem encontrar nos estabelecimentos que iriam assaltar, os arguidos, após discutirem o assunto”, muniram-se de uma arma pertencente ao pai de C e que este entregou “ao arguido D, com a concordância dos demais arguidos (...), antes de se dirigirem ao posto de combustível, por confiarem que, sendo ele o mais velho, mais facilmente cumpriria a finalidade acordada para o seu uso, supra referida” ( respectivamente, ns.º 2.1.6 e 2.1.7 da matéria de facto). Assim e tendo-se reunido todos “na residência da arguida **B** onde, conforme haviam planeado e acordado (...), prepararam várias peças de roupa para serem utilizadas na actividade delituosa, designadamente um kispo e mangas de uma camisola de licra cedidas pela arguida **B**, tendo improvisado nestas buracos para os olhos e para a boca, para servirem de capuzes” (n.º 2.1.8 da matéria de facto), dirigiram-se, “munidos dessas roupas e da espingarda caçadeira, (...) no veículo automóvel (...) conduzido pelo arguido E, ao posto de abastecimento de combustíveis (...) localizado em (...) Marco de Canaveses (n.º 2.1.9 da matéria de facto). Ao chegarem às imediações do referido posto de abastecimento, os arguidos D e C, que seguiam no banco de trás do referido veículo, taparam os rostos com as mangas da camisola (...) e carregaram a arma

---

<sup>973</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Secção Criminal, de 3 de Dezembro de 2008 (Proc. n.º 0817464), relatado por Melo Lima (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 1-9-2012).

caçadeira com munições... (n.º 2.1.10 da matéria de facto). Enquanto a arguida **B** e o arguido E permaneceram dentro do automóvel a vigiar, o arguido D, que transportava a arma envolta num colete sem mangas vermelho de forma a ocultá-la, e o arguido C dirigiram-se ao interior do referido posto. O arguido D ficou à entrada da porta e após remover o colete que ocultava a arma, apontou-a à funcionária do posto de abastecimento, L. Por sua vez, o arguido C dirigiu-se para o interior do balcão e retirou do interior da caixa registadora a quantia de € 110,00 e a quantia de € 250,00 do porta-moedas que aí também se encontrava, propriedade da gerente do referido posto, M” (n.º 2.1.11 da matéria de facto). De seguida, os arguidos D e C regressaram à viatura, e os quatro arguidos dirigiram-se à vila (...) para adquirir produto estupefaciente (n.º 2.1.12 da matéria de facto). Após consumirem a droga que haviam adquirido, decidiram dirigirem-se ao posto de abastecimento de combustíveis, (...) para aí efectuarem novo assalto (n.º 2.1.13 da matéria de facto). Assim, (...) os arguidos D, C, **B** e E dirigiram-se para o referido posto de abastecimento de combustível no carro que já haviam utilizado, agora conduzido pelo arguido C. Um pouco antes de chegarem (...), os arguidos imobilizaram a viatura, taparam a matrícula da viatura com fita adesiva e encapuzaram-se todos, com excepção da arguida **B**. Chegados às referidas bombas de combustível, o arguido C parou a viatura em frente do escritório (n.º 2.1.14 da matéria de facto). Os arguidos **B** e C permaneceram na viatura a vigiar e o arguido D, que transportava a referida arma e o arguido E, ambos encapuzados, entraram nos escritórios do referido posto de abastecimento, e dirigiram-se ao local onde estava a caixa registadora, encontrando-se junto desta duas senhoras, a funcionária do posto – O -, e uma cliente de nome P. O arguido D ficou à entrada da porta, apontou a arma às referidas senhoras e proferiu a seguinte expressão: ‘isto é um assalto’. Por sua vez, o arguido E dirigiu-se para o interior do balcão e retirou da caixa registadora a quantia de € 508,00” (n.º 2.1.15 da matéria de facto). Após, os arguidos regressaram à viatura e (...) repartiram o dinheiro, entre todos, em partes iguais” (n.º 2.1.16 da matéria de facto).

Na resposta que dá à questão posta pela recorrente B alegando que “deveria ter sido considerada cúmplice”, o tribunal *ad quem* reconhece que “na doutrina como na jurisprudência a pedra angular na interpretação da comparticipação emergente daquele normativo (art. 26.º, CP) vem sendo comumente identificada e/ou feita coincidir com o critério do domínio do facto”. Assim e sublinhando que “*apertis verbis* autor é quem (...) toma a execução ‘nas suas próprias mãos’ de tal modo que dele depende decisivamente o ‘se’ e o ‘como’ da realização típica”, acrescenta que tratando-se da co-autoria

“O domínio do facto concretiza-se então no âmbito de uma divisão de tarefas com outros agentes. Num alargamento intersubjectivo que não prescinde, todavia, da unidade de sentido objectivo-subjectivo. Dizer, ainda: onde a comparticipação há-de ser formada cumulativamente, assim pela vontade directora do facto, assim pela *importância material* da intervenção no facto com referência a todos e a cada um em particular, dos agentes”. E “explicitando melhor” afirma: “Cumulativamente, (...) são pressupostos para a verificação da co-autoria: de uma parte, a consciência da colaboração enformada a partir do acordo prévio para a realização do facto; de outra, a *realização conjunta*, onde o co-autor preservará, ainda, o domínio funcional da actividade que realiza, *sabendo-a integrada no conjunto da acção para a qual deu o seu acordo e se dispôs a levar a cabo*<sup>974</sup>” (os “itálicos” são nossos).

Nota-se nesta caracterização jurisprudencial da co-autoria que, não obstante se reiterar que só é autor aquele que domina o *se* e *como* da realização típica (no sentido em que toma a *execução* do facto “nas suas próprias mãos”), de algum modo se relativiza esse domínio do facto por parte do co-autor afirmando ser objectivamente suficiente que a respectiva intervenção assuma “importância material”, em termos daquele estar consciente que ela faz parte da acção global a que “deu o seu acordo e se dispôs a levar a cabo”. Ou seja: fundamenta-se subjectivamente mediante o recurso ao “acordo” uma dimensão que sendo objectiva só neste plano poderá encontrar justificação. É que não se trata, como resulta do próprio texto legal, de simples “realização conjunta”, mas, sim, de “execução conjunta”.

---

<sup>974</sup> Acórdão do TRP, de 3-12-2008, par. 3.1.1.

Consequentemente e quando se procura submeter à caracterização encontrada a factualidade *sub judice*, se na vertente subjectiva nos parece pacífico concluir como diz o tribunal *ad quem* que “fica sobejamente confirmado o elemento subjectivo coincidente com o acordo tomado com o sentido de decisão para a realização de determinada acção típica”, já objectivamente não poderemos acompanhar aquele tribunal quando afirma: “Mas o que daqui (dos factos provados) ressuma indesmentível é que a recorrente interagiu, deu cobertura pessoal e operacional, foi parte na execução do crime<sup>975</sup>” (o sublinhado é do tribunal).

Vejamos: o único argumento aduzido pela Relação para fundamentar no plano objectivo a co-autoria de B é o da *essencialidade*. Assim, diz aquele tribunal superior que essa “essencialidade” deriva, por um lado, de todos os arguidos, recorrente incluída, terem assumido como “justa a divisão do espólio em partes iguais, (...) a tornar óbvio que, ao assim procederem, não cuidavam de gratificar a recorrente pelo auxílio que, alheia aos factos, lhes tivesse prestado, antes que retiravam do pecúlio a parte igual que a ela cabia pela sua comparticipação efectiva, consciente e conjuntamente assumida na execução do crime”; por outro, de a própria co-arguida B ter admitido a sobredita “essencialidade” quando “já em sede de julgamento, (...) como dá conta o acórdão sob recurso, ‘na parte final da audiência de julgamento, assumiu ter participado nos factos e estar por dentro de tudo o quanto os seus companheiros fizeram, assumindo assim a sua culpa<sup>976</sup>’”.

Ora, nenhum destes dois argumentos nos parece procedente: o primeiro porque funda numa circunstância em si mesma irrelevante uma qualificação jurídico-penal que deve ser avaliada num juízo *ex ante* – que sucederia se contrariamente ao acordado os outros arguidos tivessem atribuído a B um quinhão inferior ao que acabaram por reservar para cada um deles? A intervenção de B passaria a ser de cumplicidade, em vez de co-autoria?<sup>977</sup>; o segundo é-nos

<sup>975</sup> Acórdão do TRP, de 3-12-2008, par. 3.1.3.

<sup>976</sup> Acórdão do TRP, de 3-12-2008, par. 3.1.3 (*in fine*).

<sup>977</sup> Este argumento, que criticamos, parece, todavia, constituir para alguns Autores um critério que lhes permite responder àqueles que – como Gimbernat – afirmam que a “essencialidade” assenta, afinal, num juízo hipotético que coloca o juiz ante uma tarefa insolúvel: “Roxin diz: o que segura a vítima (para outrem a matar à facada) é co-autor; o que entrega o tinteiro ao falsificador é cúmplice. Pois bem: ambas as atividades são *condicio sine qua non* do resultado típico. Consideradas, assim, nessa qualidade, as duas contribuíram materialmente para a realização do plano total. De onde retira Roxin, todavia, a conclusão que a omissão de uma dessas contribuições (a sujeição da vítima) conduz ao fracasso do plano e que a outra (entregar o tinteiro) não? Apenas porque se baseia no que teria, hipoteticamente, sucedido (a vítima defender-se-ia ou fugiria, sem que o outro sujeito ou o

incompreensível, não só em virtude da questão da autoria ser estranha à problemática da culpa, mas, também, porque o cúmplice participa igualmente nos factos estando ou podendo estar “por dentro de tudo” quanto os respectivos comparsas se proponham ou venham, efectivamente, a fazer. Não terá, porém, é o domínio dessa actividade alheia.

Em suma: quer-nos parecer que a “vigilância” se constitui – como referimos já<sup>978</sup> - numa forma típica de “auxílio material (...) à prática por outrem de um facto doloso”: isto é, de cumplicidade *ex vi* art. 27.º, n.º 1, CP, sendo a sua inclusão no âmbito da co-autoria a consequência de uma criticável sobrevalorização da dimensão subjectiva desta forma particular de intervenção criminosa, a expensas da respectiva vertente objectiva que a nossa lei penal reconduz, expressamente, à prática de um ou mais actos de execução.

### 3.º Acórdão do TRP, de 28-2-2007 (Emissão de cheque sem provisão)<sup>979</sup>

A situação apreciada e decidida neste acórdão revela-se particularmente interessante. Assim e em conformidade com os factos provados, B e C decidiram adquirir a determinada empresa “vidro em chapa sem pagar o respectivo preço” (n.º 2 da matéria de facto). Na execução desse plano, o co-arguido C emitiu um cheque, no valor de € 3.986,98, que entregou ao fornecedor para pagamento de vidro em chapa que levou consigo (ns.º 5 a 7 da matéria de facto). Passados dois dias, o

---

autor material fossem capazes de segurá-la), se o co-autor não realizasse a sua atividade. Diferentemente, o autor da falsificação teria alcançado (hipotético!) por si mesmo o tinteiro, caso o participe lhe tivesse negado a sua colaboração. Reitero o que afirmei anteriormente: este critério é inadmissível” (GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice en derecho penal*. cit., p. 125). Ora, a isto contrapõem outros penalistas – como García Conlledo – que Roxin não se fundamenta, exclusivamente, no citado juízo hipotético, na medida em que alude, também, à relevância que o(s) comparsa(s) atribui(em) à intervenção de cada um deles: “É a partir de um exemplo dado por Roxin que podemos deduzir um critério concreto; diz respeito ao vigilante que para Roxin será ou não co-autor à luz das circunstâncias do caso concreto, não o sendo na hipótese de um bando de delinquentes decidir levar consigo, pela primeira vez, o seu ‘aprendiz’, atribuindo-lhe um papel de vigilante secundário a fim de que vá exercitando-se no ‘ofício’ (...). Ainda que Roxin (...) não o diga expressamente, o critério subjacente a este exemplo é o da importância que o conjunto de intervenientes dá, subjectivamente, à colaboração de um deles no quadro do plano comum” (GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y. *La autoria en derecho penal*. cit., pp. 668 e s.). Em todo o caso e para além de me parecer que este e outros “casuísmos” devem ser evitados em direito penal (designadamente, quando está em causa a qualificação dogmático-normativa da conduta criminosa), a verdade é que a nossa lei penal prevê em sede de co-autoria o critério objetivo decisivo: “tomar parte directa na sua execução” (art. 26.º, 3.ª alternativa, CP).

<sup>978</sup> Vide Acórdão do TRL, de 19-11-2008.

<sup>979</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Secção Criminal, de 28 de Fevereiro de 2007 (Proc. n.º 0641374), relatado por Cravo Roxo (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 10-9-2012).

mesmo indivíduo dirigiu-se à instituição bancária sacada e pediu que o sobredito cheque fosse anulado invocando o extravio do mesmo, razão pela qual aquele veio a ser “devolvido na compensação do Banco de Portugal” (ns.º 8 e 9 da matéria de facto). Entretanto, também B, conforme o acordado entre ele e o co-arguido C, entregou ao referido fornecedor outro cheque, este no montante de € 4.262,58 e previamente assinado pela sua mulher (que era a titular da conta bancária sacada), tendo recebido em contrapartida desse pagamento vidro em chapa de valor idêntico (ns.º 10 a 14 da matéria de facto). “Seguidamente, o arguido B disse a sua mulher que havia perdido o cheque que ela assinara, fazendo com que esta fosse à instituição bancária comunicar tal perda” (n.º 15 da matéria de facto). Consequentemente, a respectiva importância não foi, de igual modo, liquidada, tendo o cheque em causa “sido devolvido na compensação do Banco de Portugal (...), por extravio” (n.º 16 da matéria de facto). Mais se provou que “os arguidos sabiam que os cheques que emitiram continham uma ordem de pagamento de materiais que lhes haviam sido fornecidos e que a comunicação de perda dos mesmos às respectivas instituições bancárias impediria o seu pagamento, tendo agido com intenção de praticar todos os factos atrás descritos” (n.º 17 da matéria de facto).

Tendo os arguidos B e C sidos acusados da prática, em co-autoria, de dois crimes de emissão de cheque sem provisão p. e p. pelo art. 11.º, n.º 1, al. b), do Dec.-Lei n.º 454/91, de 28 de Dezembro, após as alterações introduzidas pelo Dec.-Lei n.º 316/97, de 19 de Novembro<sup>980</sup>, o tribunal *a quo* vem a condená-los como co-autores de um único crime de emissão de cheque sem provisão. Efectivamente e porque um dos delitos pressupõe a intervenção da mulher do co-arguido B, entende aquele tribunal que o respectivo facto não é subsumível ao tipo legal em causa, uma vez que este se constitui em um “crime de mão própria”: isto é, só o titular da conta bancária sacada poderá emitir um cheque sem provisão proibindo à respectiva

---

<sup>980</sup> Estatui o art. 11.º, n.º 1, al. b), após as alterações introduzidas pelo Dec.-Lei n.º 316/97, de 19 de Novembro: “Quem, causando prejuízo patrimonial ao tomador do cheque ou a terceiro, antes ou após a entrega a outrem de cheque sacado pelo próprio ou por terceiro, nos termos e para os fins da alínea anterior, levantar os fundos necessários ao seu pagamento, *proibir à instituição sacada o pagamento desse cheque*, encerrar a conta sacada ou, por qualquer modo, alterar as condições da sua movimentação, *assim impedindo o pagamento do cheque*, se o cheque for apresentado a pagamento nos termos e prazos estabelecidos pela Lei Uniforme Relativa ao Cheque, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa ou, se o cheque for de valor elevado, com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias” (os “itálicos” são nossos).



instituição de crédito o seu pagamento. Diz, portanto, o tribunal da Relação: “Tudo se resume a saber se alguém, *que não o titular da conta sobre a qual um cheque é emitido*, comete um qualquer ilícito (emissão de cheque sem provisão, ou outro), quando ordena ao respectivo banco o não pagamento desse cheque, antes ou depois de o emitir e entregar, com o fim de evitar o pagamento de um determinado serviço ou bem<sup>981</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

Na resposta que dá a esta questão, o TRP acaba por concordar com a interpretação levada a cabo pelo tribunal *a quo* no sentido que “só é punível o agente que proíbe directamente o pagamento do cheque, mesmo que este tenha sido sacado por terceiro<sup>982</sup>”. Que tanto é dizer que confirma a decisão recorrida quando recusa a admissibilidade de imputação, a título de co-autoria, aos arguidos B e C do crime de emissão de cheque sem provisão praticado por intermédio da mulher de um deles, sendo certo que esta não pode, também, ser criminalmente responsabilizada, na medida em que actuou em erro sobre a factualidade típica excludente do dolo (cfr. art. 16.º, n.º 1, CP). Todavia, o tribunal *ad quem* aponta à 1.ª instância<sup>983</sup> a via de superação desta lacuna de punibilidade considerando que os agentes preencheriam com a sua conduta os elementos constitutivos do crime de burla pelo qual deveriam ser punidos como co-autores.

Não nos parece que deva ser assim. Desde logo, em nenhum dos dois crimes de emissão de cheque sem provisão *sub judicio* há co-autoria, precisamente porque em qualquer deles falta a “execução conjunta”: num dos casos, foi C quem emitiu sobre a sua própria conta o cheque com que pagou o material recebido e informou a instituição sacada do respectivo extravio (ns.º 5 a 8 dos factos provados); na outra ocasião, foi B quem entregou o cheque sacado sobre a conta da sua mulher em contrapartida da aquisição realizada e fez com que aquela fosse à instituição bancária comunicar a sua perda (ns.º 11 a 15 dos factos provados). Afirmar que existe co-autoria porque ambos os arguidos “decidiram (...) que emitiriam cheques que entregariam à firma D recebendo em troca a matéria prima de que precisavam, comunicando depois às respectivas instituições bancárias que tais cheques haviam sido extraviados” (n.º 3 dos factos provados) significa, a nosso ver e como

<sup>981</sup> Acórdão do TRP, de 28-2-2007, “Questões a decidir” (resposta).

<sup>982</sup> Acórdão do TRP, de 28-2-2007, “Questões a decidir” (resposta).

<sup>983</sup> Na versão vigente à época (17.ª versão do CPP, introduzida pelo Dec.-Lei n.º 324/2003, de 27/12), não se previa como hoje acontece (cfr. art. 424.º, n.º 3, CPP) a notificação ao arguido pelo próprio tribunal de recurso da alteração da qualificação jurídica dos factos. Assim, essa notificação só podia ser feita pelo tribunal de primeira instância, nos termos do art. 358.º, ns.º 1 e 3, CPP.

afirmámos já, sufragar *contra legem* um conceito de co-autoria assente, exclusiva ou primacialmente, na sua vertente subjectiva.

Por outro lado, o art. 26.º, 2.ª alternativa, CP, permite-nos alargar a autoria a quem “instrumentaliza” outrem para a prática de um crime previsto na Parte Especial (ou em legislação penal extravagante). Neste sentido, não nos parece que viole o princípio da tipicidade (dimensão fundamental do princípio da legalidade criminal) interpretar o sobredito art. 11.º, n.º 1, al. b), no sentido que é *in casu* autor (*rectior*, autor mediato) quem causa prejuízo patrimonial ao tomador do cheque proibindo, “por intermédio de outrem” (que actua, portanto, sem plena responsabilidade penal), à instituição sacada o pagamento desse cheque.

Em conclusão e face à factualidade provada, os co-arguidos B e C devem ser condenados, respectivamente, como *autor mediato* e *autor imediato* de um crime de emissão de cheque sem provisão. Admite-se, também, a imputação a cada um deles, em concurso efectivo de infracções, de uma intervenção, a título de cumplicidade (mais concretamente, sob a forma de “auxílio moral” *ex vi* art. 27.º, n.º 1, CP), no facto principal praticado pelo comparsa.

4.º Acórdão do TRP, de 8-2-2006 (Condução sem habilitação de veículo a motor)<sup>984</sup>

O presente acórdão tem particular importância no que respeita à caracterização dogmática da instigação. Como se diz neste aresto tendo por referência o recurso interposto pelo MP, está aí em causa uma única questão de direito: “Saber se o pai que autoriza, permite e faculta ao seu filho o veículo com motor de que é proprietário, para este o conduzir, sem habilitação legal, também comete o crime previsto no art. 3.º, ns.º 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro<sup>985 986</sup>”. São os seguintes os factos provados que interessam à dilucidação da sobredita questão de direito (os “itálicos” são nossos):

<sup>984</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Secção Criminal, de 8 de Fevereiro de 2006 (Proc. n.º 0412956), relatado por Élia São Pedro (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 11-9-2012).

<sup>985</sup> Segundo o art. 3.º, ns.º 1 e 2, Dec.-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro, “1. Quem conduzir veículo a motor na via pública ou equiparada sem para tal estar habilitado nos termos do Código da Estrada é punido com prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias. 2. Se o agente conduzir, nos termos do número anterior, motociclo ou automóvel a pena é de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias”.

<sup>986</sup> Acórdão do TRP, de 8-2-2006, par. 2.2

“O arguido B é proprietário do motociclo de matrícula (...) e *autorizou e permitiu* que o seu filho C o conduzisse na via pública, *sabendo que o mesmo não era possuidor de carta ou licença de condução*, por forma que pudesse treinar com vista à obtenção da sua carta de condução” (n.º 1 da matéria de facto). Destarte e quando “C conduzia o referido motociclo na (...), em (...), sem que para o efeito se encontrasse habilitado com carta de condução, ou qualquer outro documento que legalmente o habilitasse à condução estradal”, foi interceptado e “fiscalizado pelas autoridades policiais” (n.º 2 da matéria de facto), tendo sido “julgado e condenado no processo sumário (...), por sentença de 26.08.2002, transitada em julgado, *pela prática de um crime de condução de veículo sem habilitação*, previsto e punível pelo artigo 3.º, ns.º 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro, na pena de 150 dias de multa, à taxa diária de 2 Euros, o que perfaz a quantia de 300 Euros” (n.º 3 da matéria de facto).

O tribunal de 1.ª instância absolveu o arguido B por entender, entre outras coisas, que o delito em causa constitui um “crime de mão própria”, estando, assim, afastada “a possibilidade de condenação do arguido como co-autor do seu filho C, nos termos do artigo 26.º do Código Penal”. Por outro lado, não há, também, cumplicidade por parte de B, uma vez que este não se limitou “a favorecer o facto, *tendo sido antes a conduta do arguido essencial à prática do crime pelo C*”<sup>987</sup> (o “*itálico*” é nosso).

Ora, a Relação, sublinhando que “a diferença específica entre a instigação e a cumplicidade prende-se *com o carácter necessário ou não necessário da causalidade do auxílio*”, conclui que “está demonstrada, sem qualquer dúvida, *uma ‘causalidade necessária’ entre a conduta do arguido e o facto principal ilícito*”<sup>988</sup> (os “*itálicos*” são nossos). Ou seja: o tribunal *ad quem* vem a subscrever no que respeita à instigação a compreensão causal que é a nossa (instigador é aquele que se constitui em “causa necessária” da execução ou início de execução do facto por outrem), ainda que a considere contrariamente ao que sustentámos, não uma forma *sui generis* de autoria, mas, sim e como a generalidade da doutrina, uma actividade acessória do facto principal levado a cabo por outra pessoa (único e verdadeiro autor).

---

<sup>987</sup> Acórdão do TRP, de 8-2-2006, par. 2.2.

<sup>988</sup> Acórdão do TRP, de 8-2-2006, par. 2.2.

Quanto à co-autoria, argumenta-se no acórdão em análise que ela está afastada “dado que o crime de condução de veículos só pode naturalmente ser cometido por aquele que conduz o veículo, sem estar para tal habilitado (crime de mão própria)<sup>989</sup>”. Trata-se, porém, de um fundamento de direito que não nos convence: a infracção em causa não é um “crime de mão própria” (pense-se, v.g., na possibilidade de C ser *in casu* um indivíduo inimputável em razão da sua menoridade, hipótese esta em que, a nosso ver, nada obstará à condenação de B como autor mediato do crime de condução sem habilitação legal executado pelo seu filho, sob pena de se verificar uma grave lacuna de punibilidade<sup>990</sup>). Assim, na situação *sub judice* não há co-autoria, desde logo porque não existe “execução conjunta”.

Portanto e na medida em que a par da sobredita “causalidade necessária” (dimensão objectiva) se verifica, subjectivamente, um “duplo dolo” por parte do “agente da retaguarda” que se materializa em “autorizar e facultar o uso do seu veículo”, uma vez que, nas presentes circunstâncias, tal significa “*conhecer e querer que o seu filho o conduza e, ainda, saber que só com essa sua intervenção o mesmo o poderia conduzir*”<sup>991</sup> (os “itálicos” são nossos servindo para sublinhar as duas dimensões do dolo do instigador: a primeira respeitante ao facto cometido pelo instigado, a segunda à determinação em si mesma), o tribunal *ad quem* condena – e bem - B como instigador de um crime de condução de veículo a motor, sem habilitação legal, revogando a sentença recorrida.

**5.º** Acórdão do TRP, de 16-3-2005 (Condução perigosa de veículo rodoviário)<sup>992</sup>

Discute-se na situação da vida *sub judicio* se a actuação do co-arguido C deve ser qualificada como cumplicidade ou, pura e simplesmente, deve ser aquele

<sup>989</sup> Acórdão do TRP, de 8-2-2006, par. 2.2.

<sup>990</sup> Sendo o crime de condução de veículo sem habilitação um delito específico próprio, a particular qualidade pessoal do agente (falta de habilitação para conduzir) que fundamenta a ilicitude do facto punível comunica-se ao autor mediato *extraneus*, nos termos do art. 28.º, n.º 1, 1.ª parte, CP. Sobre esta problemática, *vide*, por todos, BELEZA, Teresa Pizarro. “Ilicitamente participando”. cit., *maxime* pp. 621 e ss. Cfr., também, o Acórdão do TRP, de 24-11-2004, analisado abaixo.

<sup>991</sup> Acórdão do TRP, de 8-2-2006, par. 2.2.

<sup>992</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Secção Criminal, de 16 de Março de 2005 (Proc. n.º 0413489), relatado por Élia São Pedro (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 12-9-2012).

agente absolvido. Está em causa a prática de um crime de condução perigosa de veículo rodoviário p. e p. pelo art. 291.º, n.º 1, al. b), CP<sup>993</sup>, sendo relevantes para o esclarecimento da referida questão de direito os seguintes factos dados como provados:

Após terem perseguido no veículo automóvel conduzido por B um outro veículo, usando C que acompanhava B “um microfone de mão” através do qual fazia emitir o seguinte comando: “somos da polícia, encoste. Isto é uma ordem”, o condutor E do veículo abordado foi forçado a parar de modo a não embater no carro dos perseguidores que se atravessou à sua frente. Saindo da viatura, E exibiu “claramente o documento de identificação como funcionário da Polícia Judiciária”, tendo os arguidos B e C arrancado, imediatamente e “em velocidade bem superior a 70 km/h”, na direcção do centro de Valongo, calcando “traços delimitadores da faixa de rodagem, assim como passaram em mais do que um cruzamento cujo semáforo se encontrava vermelho, atento o sentido que levavam, sempre à mesma velocidade, sem imobilizar o veículo em que seguiam, com a matrícula (...)” (n.º 12 da matéria de facto).

Entretanto, assume particular importância para a presente decisão de direito o n.º 13 da matéria de facto, a saber:

“Os arguidos previram e quiseram actuar da forma descrita, tendo o arguido C *incentivado* o arguido B a conduzir o veículo da forma descrita, *sabendo que de tal condução poderia resultar sério perigo para a vida, integridade física ou bens patrimoniais de valor elevado de terceiros*, devido à ocorrência de um sinistro, *tendo o arguido B se sentido confortado e confiante com tal actuação do arguido C*” (os “*itálicos*” são nossos).

No recurso que interpôs da decisão do tribunal de 1.ª instância, que o condenou como cúmplice do crime de condução perigosa de veículo rodoviário praticado em autoria imediata pelo co-arguido B, C veio a alegar *i. a.* uma errónea apreciação da sua intervenção nos factos. Também o representante do MP junto do

---

<sup>993</sup> De acordo com o art. 291.º, n.º 1, al. b), CP, “Quem conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, violando grosseiramente as regras da circulação rodoviária relativas à prioridade, à obrigação de parar, à ultrapassagem, à mudança de direcção, à passagem de peões, à inversão do sentido de marcha em auto-estradas ou em estradas fora de povoações, ao limite de velocidade ou à obrigatoriedade de circular na faixa de rodagem da direita, *e criar deste modo perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado*, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa” (o “*itálico*” é nosso servindo para sublinhar que se trata de um “crime de perigo concreto”).

TRP “emitiu parecer no sentido de a conduta imputada ao recorrente, tal como ficou provada, não ser punível”, argumentando que, em virtude de o tribunal *a quo* não ter concretizado os actos concretos em que se traduziu o incentivo prestado e sendo a conduta de C apenas integrável “no quadro da autoria moral, por instigação”, não se poderá concluir se essa conduta é ou não “adequada e decisiva à tomada da decisão por parte do B de passar a conduzir pela forma descrita na sentença”<sup>994</sup>.

Todavia, o tribunal *ad quem* confirma a decisão recorrida dizendo que, tendo sido dado como assente “que o arguido B se sentiu confortado e confiante com o incentivo do C na persistência da conduta criminosa”, tanto basta para afirmar a cumplicidade deste último, sob a forma de auxílio moral (cfr. art. 27.º, n.º 1, CP).

Não é esta a nossa opinião: com fundamento nos factos dados como provados no ponto n.º 13 (que identificam a conduta de C como “incentivo”, evidenciando ainda o “duplo dolo”), deveria a Relação ter reenviado o processo ao tribunal de 1.ª instância invocando “a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada” (cfr., respectivamente, arts. 410.º, n.º 2, al. a) e 426.º, n.º 1, ambos do CPP) e a fim de que este último órgão judiciário pudesse concretizar o(s) acto(s) em que o referido incentivo se materializou e, assim, concluir pela “necessidade causal” ou não da participação do co-arguido C no facto punível (vertente objectiva). É que, subjectivamente e se, por um lado, *confortado e confiante* são sentimentos que parecem indiciar a prestação de um simples auxílio moral (cumplicidade), não se deve ignorar, por outro lado, que esses sentimentos são a consequência imediata do *incentivo* dado por C à conduta de B, sendo já esse “incentivo” perfeitamente subsumível na instigação.

6.º Acórdão do TRP, de 24-11-2004 (Condução sem habilitação de veículo a motor)<sup>995</sup>

<sup>994</sup> Acórdão do TRP, de 16-3-2005, par. 2.2.

<sup>995</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Secção Criminal, de 24 de Novembro de 2004 (Proc. n.º 0443152), relatado por Pinto Monteiro (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 12-9-2012).

“A questão colocada nos presentes autos resume-se a saber se é possível punir (e em caso afirmativo, a que título e em que termos), pela comissão de um crime de condução sem habilitação legal<sup>996</sup>, o pai que convida (e consequentemente permite) que o seu filho menor (de 12 anos de idade) conduza, na via pública, o veículo automóvel onde ambos se faziam transportar<sup>997</sup>”. Corresponde-lhe a seguinte matéria de facto dada como provada:

“O arguido B fazia-se transportar no seu veículo automóvel de passageiros, (...) sentado à frente, do lado direito. Ao seu lado, no lugar do condutor, seguia C, *menor de 12 anos de idade*, filho do arguido, que procedia à condução do seu veículo automóvel e com o seu próprio consentimento. Aliás, foi o próprio arguido quem lhe perguntou se queria conduzir a referida viatura *e até quem o determinou a isso*. (...) O arguido é titular de carta de condução<sup>998</sup>” (os “itálicos” são nossos).

Em processo abreviado, o tribunal de 1.<sup>a</sup> instância absolveu o arguido B, considerando que o crime que lhe era imputado só pode ser cometido em autoria imediata: isto é, através da própria pessoa do agente expressamente previsto no respectivo tipo legal de crime (“crime de mão própria”). Desta decisão judiciária, recorreu o MP alegando “que o arguido participou nesse crime a título de autor mediato” (n.º 5 das conclusões). Finalmente, o tribunal *ad quem* vem a conceder provimento ao recurso, mas a condenar B como instigador – e não, portanto, autor mediato – do referido crime.

Estamos convencidos que o TRP se decide, no fundo, por aquela qualificação jurídico-penal para evitar a discussão sobre a categoria dogmática do delito em causa:

“A dogmática dos crimes de mão própria, como é sabido, encontra-se actualmente mergulhada em controvérsia (...). Este não é, naturalmente, o momento ou o lugar apropriado para proceder à revisão crítica desta problemática, *até porque, se bem vemos, tal seria, de todo, irrelevante para a solução do caso vertente*: na verdade, o caracterizar-se um crime de mão própria só permite afastar a possibilidade de ser ele praticado em co-autoria ou em autoria mediata, (...) *mas não impede que um terceiro possa ser responsabilizado pela infracção verificada por nela ter*

---

<sup>996</sup> Vide nota de rodapé n.º 985.

<sup>997</sup> Acórdão do TRP, de 24-11-2004, “Questão de direito”.

<sup>998</sup> Acórdão do TRP, de 24-11-2004, “Factos provados”.

*participado como instigador*<sup>999</sup> ou *cúmplice*<sup>1000</sup>,” (os “*itálicos*” são nossos).

Acontece, porém, que, em aparente contradição com o que afirma no trecho que reproduzimos imediatamente acima, a Relação afasta, em parte, a autoria mediata porque “no caso vertente, o pai do menor não poderia cometer o crime de condução sem habilitação (...), *pela comezinha circunstância de que, em relação a ele, se não verificava o elemento típico da falta de habilitação para condução rodoviária de veículos com motor na via pública*<sup>1001</sup>” (o “*itálico*” é nosso). Ou seja: sendo a qualidade pessoal do agente expressamente prevista no tipo incomunicável a terceiros (designadamente - mas não só -, o autor mediato e o co-autor), estaríamos caídos na ressalva do final do art. 28.º, n.º 1, CP, que teria em vista os “crimes de mão própria”<sup>1002</sup>.

Entretanto, acrescenta-se outra razão no sentido da exclusão *in casu* da autoria mediata: não ser aceitável afirmar “face à factualidade dada por assente” a *instrumentalização* do menor de 12 anos de idade por parte do pai, tanto mais que a conduta do filho “foi plenamente voluntária e consciente, ainda que não possa ser criminalmente punida dada a sua idade”<sup>1003</sup>. Ora, reside, precisamente, nesta última circunstância o fundamento de a *instrumentalização* que o tribunal de recurso nega: sendo a inimputabilidade em razão da idade uma presunção inilidível (*iuris et iure*) no sentido de o respectivo agente (menor de 16 anos) ser incapaz de **a)** avaliar a ilicitude do facto ou **b)** se determinar de acordo com essa avaliação, sempre que um terceiro actua por intermédio desse agente verifica-se, no primeiro caso [**a**)], uma situação próxima de a “autoria mediata por erro”, no segundo caso [**b**)], uma hipótese equiparável à “autoria mediata por coacção”. Di-lo, claramente, Roxin:

“A questão do domínio do facto na utilização de inimputáveis e menores deve resolver-se (...) com a ajuda dos mesmos critérios a que se recorreu para as situações de coacção e erro. Trata-se, agora, de uma peculiar área

<sup>999</sup> Na opinião do Relator do acórdão em análise (que é comum à generalidade da doutrina juspenalista), a instigação, “embora formalmente o artigo 26.º do Código Penal a inclua entre as modalidades de autoria”, é uma forma particular de participação *stricto sensu*, tal como sucede com a cumplicidade.

<sup>1000</sup> Acórdão do TRP, de 24-11-2004, “Questão de direito”.

<sup>1001</sup> Acórdão do TRP, de 24-11-2004, “Questão de direito”.

<sup>1002</sup> Sobre o art. 28.º, n.º 1, “*in fine*”, BELEZA, Teresa Pizarro. “Ilícitamente participando”. cit., pp. 641 e ss.

<sup>1003</sup> Acórdão do TRP, de 24-11-2004, “Questão de direito”.



mista: o domínio da vontade do homem de trás pode basear-se ou em que domina (como nas situações coactivas) a formação de vontade do executor directo ou em que é capaz (como nos casos de erro) de dirigir o acontecimento em virtude de supra-determinação configuradora de sentido<sup>1004</sup>”.

Portanto e em resumo: como sustenta o MP no seu recurso, B é autor mediato do crime de condução sem habilitação legal executado pelo seu filho menor de idade, na medida em que:

- interpretando o tipo legal em causa à luz do bem jurídico aí tutelado (“segurança rodoviária”<sup>1005</sup>) deve concluir-se que o mesmo não constitui “um crime de mão própria”. Efectivamente, aquele bem jurídico-penal tanto pode ser violado pelo autor imediato, como pelo co-autor que, por acordo com outra ou outras pessoas, toma parte directa na execução (v.g., um deles conduz encarregando-se o outro de “meter as mudanças”), como ainda pelo autor mediato que, à semelhança do que sucede no caso presente, actua por intermédio de outrem. Acresce que nestas hipóteses de comparticipação a especial qualidade do agente tipicamente prevista (falta de habilitação para conduzir) se comunica àquele que não a possui *ex vi* art. 28.º, 1.ª parte, CP;
- sendo o executor um indivíduo inimputável em razão da idade (cfr. art. 19.º, CP), o agente de trás que o determina à prática do ilícito típico só pode ser autor mediato.

7.º Acórdão do TRP, de 10-11-2004 (Coacção)<sup>1006</sup>

Resumidamente, a factualidade dada como provada é a seguinte:

Tendo o arguido B acedido ao pedido de E permitindo-lhe que examinasse, nas suas próprias mãos, o relógio e chapéu que trazia consigo, este último negou-se, posteriormente, a restituir àquele os objectos entregues. Assim, B na companhia de outros três indivíduos não identificados voltou mais tarde ao local onde se

---

<sup>1004</sup> Citado em português a partir de ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., p. 269.

<sup>1005</sup> Sendo a “segurança rodoviária ou do tráfego” o bem jurídico imediatamente tutelado, estará este bem teleologicamente vinculado a outros bens de carácter pessoal e patrimonial (vida, integridade física, etc.) que lhe conferem a necessária relevância social e penal.

<sup>1006</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Secção Criminal, de 10 de Novembro de 2004 (Proc. n.º 0344781), relatado por Teixeira Pinto (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 14-9-2012).

encontrara com E que estava, agora como anteriormente, rodeado de várias outras pessoas, tendo pedido aos seus acompanhantes, munidos com paus e uma arma de fogo, que “através da exibição de tais objectos e de palavras ameaçadoras para a vida e integridade física dos presentes” obrigassem E a devolver o que lhe pertencia. Na execução desse pedido mas fazendo-o de modo indiscriminado, “já que desconheciam qual deles tinha na sua posse os objectos do arguido”, os referidos indivíduos não identificados que acompanhavam B (que, entretanto, se mantinha no interior da viatura onde se fizera transportar) acabaram por conseguir que E restituísse o chapéu e relógio de que se apossara.

Tendo sido condenado, em 1.<sup>a</sup> instância, pela prática, em concurso real, de três crimes de coacção grave, dois deles na forma tentada, o arguido B recorreu desta decisão alegando, entre outras coisas, que “sem uma identificação, precária que fosse, dos (...) autores materiais, falta o *nexo de causalidade* exigido pelo art. 26.º do Cód. Penal com vista à condenação do recorrente como autor mediato” (n.º 2 das conclusões, sendo o “*itálico*” nosso).

Na resposta que dá a este argumento, o tribunal *ad quem* faz a interpretação que é a nossa da 4.<sup>a</sup> alternativa, do art. 26.º, CP (instigação). Assim, diz a Relação que há instigação

“Quando um determinado agente, dolosamente, determina – *isto é, condiciona de modo necessário e suficiente* – outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução. (...) Embora se encontrem arestos no sentido de que não é possível a punição a título de autoria moral sem que esteja identificado o autor material, (...) *julgamos mais consentânea com o espírito e a letra da lei a corrente jurisprudencial que considera ser de punir o autor moral ainda que não esteja identificado o autor material.* (...) Para a verificação da instigação não se exige qualquer relação directa, nomeadamente por contacto, com os autores materiais, nem que seja o instigador a escolher as circunstâncias de tempo, modo e lugar da execução do crime. *Essencial é apenas que sem a intervenção do instigador o crime não teria sido cometido*<sup>1007</sup>” (os “*itálicos*” são nossos).

<sup>1007</sup> Acórdão do TRP, de 10-11-2004, III.

Tratando-se da instigação não valem, portanto, os postulados da teoria do domínio do facto, que informam as três primeiras alternativas do art. 26.º, CP, mas, sim, a doutrina objectivo-material da causalidade necessária. Por outro lado, não se exigindo a identificação do autor imediato para que haja instigação do homem da retaguarda, relevará apenas a dimensão objectiva do facto: isto é, a execução ou início de execução do crime (acessoriedade quantitativa). De outro modo (ou seja, exigindo-se *praeter legem*, ao menos, o dolo do instigado), não seria possível – então, sim – prescindir da individualização do autor imediato (pessoalidade do ilícito).

Decide, pois, acertadamente o TRP considerando o arguido B instigador dos crimes de coacção grave que lhe são imputados, na medida em que “sem a intervenção do arguido o crime não teria sido cometido, pois, os autores materiais não adivinhavam que ao arguido tinham sido subtraídos objectos, não saberiam identificar as pessoas que compunham o grupo onde estava o indivíduo que tinha ficado na posse dos mesmos, nem o local onde se encontravam<sup>1008</sup>”.

### II.3.1.3. Tribunal da Relação de Coimbra

#### 1.º Acórdão do TRC, de 27-6-2012 (Falsificação de documento)<sup>1009</sup>

Como sucede frequentemente e resulta, a nosso ver, da prevalência dogmático-prática - a que nos temos, reiteradamente, referido - atribuída pelos nossos tribunais ao “acordo” (dimensão subjectiva) na caracterização juspenal da intervenção criminosa dos agentes, a questão de direito apreciada no presente aresto diz, uma vez mais, respeito à co-autoria. Assim, tendo o colectivo de juízes condenado, em 1.ª instância, o arguido B como co-autor de um crime de falsificação de documento (cheque), vem este no recurso interposto para a relação impugnar a respectiva matéria de facto, a saber:

Estando consciente que A não era o legítimo titular do cheque (documento) que tinha em seu poder, B acordou com aquele o respectivo preenchimento, assim como se dispôs a proceder ao seu levantamento. Neste sentido, ambos combinaram

<sup>1008</sup> Acórdão do TRP, de 10-11-2004, III.

<sup>1009</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Secção Criminal, de 27 de Junho de 2012 (Proc. n.º 1588/10.3PBCBR.C1), relatado por Alberto Mira (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 15-9-2012).

que B contactaria a sua mãe dizendo-lhe que o cheque lhe fora entregue pelo patrão, mas que não podia levantá-lo por não ter o bilhete de identidade. Tendo confiado que o filho lhe dizia a verdade, a mãe de B deslocou-se à agência bancária onde tinha conta, apresentando aí para desconto o referido cheque que lhe foi pago. Logo de seguida, entregou o respectivo montante - € 50,00 – a B, tendo este dividido esse valor com o arguido A (ns.º 9 a 17 da matéria de facto).

Analisando a motivação da decisão de facto consignada nos autos, o TRC sustenta que não se fez qualquer prova (directa ou por “presunção natural”<sup>1010</sup>) da existência de um acordo entre os arguidos A e B tendo em vista a falsificação mediante o abuso da assinatura do legítimo titular do cheque furtado pelo primeiro. Destarte, está, sobretudo, em causa o ponto 10 dos factos provados, em conformidade com o qual “(...) os arguidos A e B diligenciaram entre si pelo preenchimento do cheque n.º (...), nele fazendo apôr uma assinatura como sendo a de C (legítimo titular) e o montante de € 50,00, a data de 7 de Setembro de 2010, deixando em branco o espaço respeitante ao tomador”. Ou seja (*a contrario sensu*): caso tivesse sido feita a prova do acordo ou combinação entre os referidos agentes, o tribunal *ad quem* confirmaria, por certo, a decisão recorrida, não obstante os factos provados nada dizerem sobre quem procedeu, concretamente, à falsificação do dito cheque.

Todavia, quando no ponto 10 acima descrito se diz “diligenciaram”, a verdade é que esta expressão e o termo “acordaram” têm idêntico conteúdo de sentido não nos esclarecendo cabalmente – é certo - sobre a execução do delito: “diligenciaram” ambos mas apenas um deles executou ou “diligenciaram” e executaram ambos?

Por outro lado e no que respeita ao crime de burla (cuja autoria B assume, questionando apenas o concurso real ou efectivo que o tribunal *a quo* afirma verificar-se entre esse crime e o de falsificação de documento), a Relação decide que a dilucidação dessa questão está, em definitivo, prejudicada pela absolvição do recorrente da prática que lhe fora imputada de um crime de falsificação.

---

<sup>1010</sup> Nos termos do art. 349.º, do Código Civil, “presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”. Todavia, estas presunções em processo penal só serão admissíveis se conformes às regras da experiência e constituírem a consequência natural – para além de toda a dúvida razoável – de um facto conhecido (presunções simples ou naturais).

Acontece, porém, que, também no que respeita ao co-arguido A (não recorrente) o TRC deveria ter retirado conclusões daquela sua decisão absolutória (cfr. art. 402.º, n.º 2, al. a), CPP). Efectivamente e não resultando – como dissemos antes - da matéria de facto provada quem falsificou o cheque, deveria o tribunal *ad quem* ter considerado verificado *in casu* o vício previsto no art. 410.º, n.º 2, al. a), CPP (“a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”) determinando *ex vi* art. 426.º, n.º 1, CPP, o reenvio do processo para novo julgamento relativamente a esta concreta questão de facto.

De qualquer modo e ainda que a Relação tivesse dado como provado que A é o único autor do crime de falsificação, não poderia essa conduta – sob pena de violação do princípio constitucional *ne bis in idem* (cfr. art. 29.º, n.º 5, CRP) - ser tida, novamente, em conta como acto de execução do crime de burla, pelo qual aquele arguido foi condenado juntamente com B, a título de co-autoria. Aliás, nem seria possível sustentar, razoavelmente, a natureza executiva do acto em causa, uma vez que da matéria de facto provada resulta apenas que A acordou com o co-arguido B que este último “ia contactar a sua mãe e convencê-la a, por eles, proceder ao levantamento do cheque n.º....” (n.º 11 dos factos provados). Assim, toda a acção que se desenrola seguidamente e importa para o preenchimento do tipo legal de “burla” (pontos ns.º 12 a 14 dos factos provados) é executada, em erro sobre a factualidade típica, pela mãe de B, não tendo, portanto, A tomado parte directa nessa execução.

Em conclusão: B é, a nosso ver, autor mediato do crime de burla que a sua mãe executou determinando o Banco a pagar a quantia de € 50,00 retirada, indevidamente, da conta pertencente a C, sendo A quando muito cúmplice desse crime, sob a forma de “auxílio material” (entrega do cheque falsificado).

## 2.º Acórdão do TRC, de 23-5-2012 (Ofensa à integridade física)<sup>1011</sup>

O arguido C é condenado pelo tribunal *a quo* “como autor-instigador” de um crime de ofensa à integridade física simples: de acordo com a matéria de facto dada como provada, quando A, por razões que se desconhecem, agrediu, “munido

---

<sup>1011</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Secção Criminal, de 23 de Maio de 2012 (Proc. n.º 67/09.6GA/VZ.C1), relatado por José Eduardo Martins (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 17-9-2012).

de uma barra de ferro”, E e, logo a seguir, desferiu “golpes com uma navalha” nas mãos de D, que correu em auxílio da sua mulher E, o arguido C dirigiu-se a B, que estava munido de um pau, dizendo-lhe: “Vai lá e dá-lhe com o pau pelos cornos abaixo!”. Na sequência destas palavras, B, filho de A e sobrinho de C, “desferiu pancadas nas costas de D, fazendo-o cair”.

No recurso que interpõe para o tribunal da relação, o arguido C vem a alegar que, estando já B munido de um pau quando passou por aquele em direcção à casa das vítimas, “nada permite concluir que as palavras (...) proferidas por si (...) terão determinado no B a vontade de cometer o crime e executá-lo no assistente D. Assim, o ponto 10 da sentença ora em recurso, incluído na matéria de facto provada, tem que passar para a matéria dos factos não provados” (ns.º 4 e 5 das conclusões, respectivamente). Acrescente-se que o referido ponto 10 dos factos provados está redigido nos termos seguintes:

“O arguido C, ao acicatar o arguido B a agredir o assistente D, agiu de forma livre, voluntária e consciente, *com o propósito concretizado de encorajar B a molestar a saúde física do assistente D*” (o “*itálico*” é nosso).

A questão de direito subjacente à matéria de facto impugnada reside em saber se a intervenção criminosa de C constitui instigação, ou é antes simples cumplicidade. Sintomaticamente, o tribunal de 1.ª instância procedera já à alteração da “qualificação jurídica da imputação do crime de ofensa à integridade física efectuada a este arguido de uma situação de cumplicidade para autoria, na modalidade de instigação”. Assim e depois de definir o autor como aquele que, “por qualquer forma, contribui para o facto, *bastando uma vontade causal entre a conduta e o facto descrito na norma*”, o tribunal *a quo* diz que o instigador-autor surge *como verdadeiro senhor*, dono, dominador, se não do ilícito típico como tal, *ao menos seguramente da decisão do instigado de o cometer*<sup>1012</sup>, (os “*itálicos*” são nossos, evidenciando o equívoco em que os nossos tribunais muitas vezes incorrem confundindo causalidade com domínio do facto). De qualquer modo e centrando-nos na instigação, a 1.ª instância convoca a posição doutrinária de Figueiredo Dias que distingue a “instigação-determinação” que é autoria da “instigação-auxílio” que é cumplicidade, vendo unicamente na primeira uma manifestação de domínio do

<sup>1012</sup> Acórdão do TRC, de 23-5-2012, II/V (“Enquadramento jurídico-penal”).

facto, sob a forma de “domínio da decisão”: será apenas instigador-autor quem cria por inteiro no executor a decisão de praticar um crime. E entende o mesmo tribunal que C não é cúmplice descrevendo, todavia, a cumplicidade por referência a uma panóplia de critérios cada um deles específico de uma teoria distinta: teoria do interesse (teoria subjectiva); teoria do domínio do facto (teoria objectivo-subjectiva); teoria da causalidade (teoria objectiva-material)! Assim, diz o tribunal *a quo*:

“Na cumplicidade o agente actua *no interesse alheio*, sendo o cúmplice aquele a quem falta *o domínio do facto*, aquele cuja intervenção, a não ter tido lugar, *não evitaria o crime*, antes faria com que, eventualmente, fosse cometido em condições de tempo e modo diferentes<sup>1013</sup>” (os “itálicos” são nossos).

Tratando-se do tribunal *ad quem*, a posição que sustenta conduz à confirmação da qualificação jurídico-penal da decisão recorrida no que respeita à intervenção do co-arguido C, assentando, todavia, essa posição judiciária noutros fundamentos doutrinários: por um lado, diz-se que o facto do instigador é acessório e dependente da actuação de um terceiro, sendo este o verdadeiro autor (argumento que é próprio da teoria do domínio do facto); por outro e numa clara referência à doutrina objectiva-material ou da “causalidade necessária”, afirma-se que “a conduta do instigador deve determinar ou *causar* a formação da resolução criminosa no autor”, devendo ainda “a actividade do instigador (...) ser de molde a levar o autor (...) a (pelo menos) dar início à execução do crime”, razão pela qual ambos os resultados aparecem como (e podem com legitimidade dizer-se) *consequência da actuação do instigador*” (os “itálicos” são nossos). Persiste, portanto, a confusão de critérios!

Como dissemos já, subscrevemos à luz do art. 26.º, 4.ª alternativa, CP, uma compreensão “causal” da instigação, sendo exactamente em virtude desse seu carácter de “causalidade necessária” que seguindo os ensinamentos da teoria objectivo-material defendida por Eduardo Correia vemos ainda nela uma manifestação da autoria (divergindo, portanto, aí do entendimento sufragado no presente aresto que nega a esta forma de intervenção criminosa a qualidade de

---

<sup>1013</sup> Acórdão do TRC, de 23-5-2012, II/V (“Enquadramento jurídico-penal”).

autoria, apesar de fundamentá-la, em parte e como sublinhámos atrás, mediante o recurso à teoria da “causalidade necessária”).

Ora, confusões dogmáticas à parte, quer-nos parecer que não há *in casu* instigação por parte de C, mas, sim, cumplicidade: alguém só se pode constituir em *causa necessária* da acção levada a cabo por outrem, quando este não está ainda por si próprio plenamente determinado a executá-la. Acontece, porém, que na situação *sub judice* a falta dessa resolução criminosa em B é, pelo menos, duvidosa (*in dubio pro reo*), uma vez que se faz prova que ele estava já munido de um pau quando C o abordou (não sendo, também, despicienda a circunstância de B ser filho do agressor A, sentindo-se, por essa razão, “moralmente” obrigado a prestar-lhe ajuda). Daí que a actuação deste último se deva subsumir, preferentemente e servindo-nos das expressões de Figueiredo Dias, na “instigação-auxílio” que é cumplicidade, e não na “instigação-determinação” que é autoria.

### 3.º Acórdão do TRC, de 12-10-2011 (Sequestro)<sup>1014</sup>

Está em causa a prática por três indivíduos (duas mulheres e um homem), em co-autoria e concurso efectivo de infracções, de um crime de sequestro qualificado e de um crime de furto simples. Na acusação pública, refere-se que se verifica *in casu* um “concurso aparente” entre o sobredito crime de sequestro e um crime de ofensa à integridade física simples qualificada. É dizer que na situação da vida *sub judice* (desconsiderando o crime de furto que está em “concurso efectivo”) existirá, em verdadeiro rigor, não um concurso – próprio ou impróprio - de crimes, mas duas normas juspenais abstractamente aplicáveis que estão entre si numa relação lógico-jurídica tal que, concretamente, apenas uma delas é aplicável (unidade de norma ou de lei)<sup>1015</sup>. Assim e porque se diz que “o tribunal colectivo (...) decidiu julgar provada e procedente a douda acusação<sup>1016</sup>”, surge-nos de imediato a seguinte dúvida : haverá ou não, neste caso, uma única norma juspenal

<sup>1014</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Secção Criminal, de 12 de Outubro de 2011 (Proc. n.º 527/09.9JACBR.C1), relatado por Orlando Gonçalves (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 19-9-2012).

<sup>1015</sup> Assim, DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. cit., p. 992.

<sup>1016</sup> Acórdão do TRC, de 12-10-2011, “Relatório”.



aplicável, estando o tipo legal p. e p. pelo art. 158.º, n.º 2, al. b), CP<sup>1017</sup>, numa relação de especialidade face ao tipo legal p. e p. pelo art. 145.º, ns.º 1, al. a) e 2, CP<sup>1018</sup> (*lex specialis derogat legi generali*)? É que não existindo a referida “unidade de norma ou de lei” e havendo, pelo contrário, um concurso efectivo de crimes, será necessário determinar à luz dos factos provados os autores de cada um desses crimes em concurso.

Mas vejamos antes a matéria de facto dada como assente:

Para se vingar da relação amorosa que a vítima tinha com o companheiro E da co-arguida C, esta planeou com B, sua mãe, e A “localizar e conseguir contactar pessoalmente a ofendida, a fim de a forçarem a vir com eles para a Figueira da Foz, retirando-lhe a liberdade de se movimentar e aí a molestarem física e psicologicamente” (n.º 5 da matéria de facto). Na execução desse plano, C, fazendo-se passar pelo seu companheiro E, “contactou a ofendida por mensagem escrita de telemóvel”, conseguindo convencê-la a comparecer a um encontro, em Coimbra (n.º 6 da matéria de facto). No percurso que fez a pé até ao local acordado, a vítima G “foi sendo seguida pelo arguido A que, através de telefone, informava as outras arguidas, C e sua mãe, do percurso efectuado pela ofendida” (n.º 11 da matéria de facto). Tendo-se apercebido que o E não se encontrava no sítio combinado e avistando A “que já conhecia da Figueira da Foz”, G assustou-se e entrou num táxi, dando ordem ao condutor para “arrancar”. Todavia, o arguido A conseguiu abrir uma das portas traseiras do veículo e “usando da força, conjuntamente com a arguida B”, puxou a vítima para o exterior do táxi (n.º 14 da matéria de facto). De seguida, A e B forçaram a G a entrar noutro veículo, agora conduzido por C, “obrigando-a a ajoelhar-se entre

---

<sup>1017</sup> Dizendo respeito ao chamado “sequestro qualificado”, o art. 158.º, n.º 2, al. b), CP, estatui: “O agente é punido com pena de prisão de dois a dez anos se a privação da liberdade for precedida ou acompanhada de ofensa à integridade física grave, tortura ou outro tratamento cruel, degradante ou desumano”.

<sup>1018</sup> O art. 145.º, ns.º 1, al. a) e 2, CP, estabelece: **1.** Se as ofensas à integridade física forem produzidas em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente, este é punido: **a)** com pena de prisão até quatro anos no caso do artigo 143.º. **2.** São susceptíveis de revelar a especial censurabilidade ou perversidade do agente, entre outras, as circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 132.º. Dizendo o art. 143.º, CP, respeito à “ofensa à integridade física simples”, as circunstâncias do art. 132.º, n.º 2, CP, que o MP afirma verificarem-se *in casu* são as previstas, respectivamente, nas alíneas d) e h), a saber: “**d)** empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima; **h)** praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas ou utilizar meio particularmente perigoso ou que se traduza na prática de crime de perigo comum”.

os bancos dianteiros e os bancos traseiros” (n.º 16 da matéria de facto). Enquanto seguiam em direcção à Figueira da Foz e “com a arguida C a conduzir o veículo”, esta “bateu de forma repetida na ofendida, desferindo-lhe inúmeros murros e pancadas por todo o corpo e puxando-lhe os cabelos, arrancando alguns” (n.º 18 da matéria de facto). Entretanto, “a arguida C viu-se obrigada a imobilizar o veículo por falta de combustível”, altura em que “uma das pessoas presentes, utilizando uma tesoura, cortou o cabelo à G” (respectivamente, ns.º 19 e 20 da matéria de facto). Acto contínuo, “a arguida B agarrou a ofendida e puxou-a para fora do carro”, tendo, então, a arguida C, munida de um taco de baseball, desferido “pancadas na face da ofendida” (respectivamente, ns.º 21 e 22 da matéria de facto). Após o arguido A, com a ajuda das duas arguidas, terem empurrado G “até um dos extremos do largo onde se encontravam”, a arguida C, “fazendo uso de um pau (...) que encontrou no chão, desferiu diversas pancadas nas costas, pernas e braços da ofendida” (n.º 23 da matéria de facto). Tendo a vítima caído no chão, “em resultado de uma dessas pancadas”, C ordenou-lhe “que se levantasse e se despisse, continuando a bater-lhe com o pau por todo o corpo” (n.º 24 da matéria de facto). Já “toda despida e de pé”, a arguida C voltou a sová-la com aquele pau até G ter ficado inconsciente, “em resultado das pancadas fortes que lhe foram desferidas” (respectivamente, ns.º 25 e 26 da matéria de facto). Finalmente e “com a ofendida inanimada, os arguidos abandonaram o local, levando consigo (...) bens da ofendida de que se apropriaram...” (n.º 27 da matéria de facto).

Face a esta factualidade, o tribunal colectivo condenou os arguidos A, B e C como co-autores, em concurso efectivo de infracções, de um crime de sequestro qualificado e de um crime de furto simples. Inconformados com a decisão, todos os arguidos recorreram para o tribunal da relação, impugnando a matéria de facto e alegando ainda o co-arguido A que “devia ter sido punido como cúmplice com as consequências daí emergentes” (n.º 3 das conclusões). Na resposta que dá aos recursos apresentados, o TRC sublinha a particular importância do princípio da livre apreciação da prova (cfr. art. 127.º, CPP), compreendendo esse princípio, num

primeiro nível e no âmbito da imediação e da oralidade, a credibilidade que o tribunal atribui ou não a um certo meio de prova (*maxime*, a prova testemunhal) e, num segundo nível, o “exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal” (cfr. art. 374.º, n.º 2, CPP), exame este que assenta, também, nas presunções que o julgador realiza a partir dos factos probatórios tendo por base as regras da lógica, princípios da experiência e conhecimentos científicos. Neste sentido, diz-se no presente aresto que “o preceituado no art. 127.º do Código de Processo Penal deve ter-se por cumprido quando a convicção a que o Tribunal chegou se mostra objecto de um procedimento lógico e coerente de valoração, com motivação bastante, e onde não se vislumbre qualquer assumo de arbítrio na apreciação da prova<sup>1019</sup>”.

Confirmando, inteiramente e com base naqueles critérios de apreciação, o julgamento da matéria de facto consignado na decisão recorrida, o tribunal *ad quem* responde à questão da cumplicidade posta pelo co-arguido A afirmando:

“Já no que diz respeito à execução, não é indispensável que cada um deles (co-autores) intervenha em todos os actos ou tarefas tendentes ao resultado final, *bastando que a actuação de cada um, embora parcial, se integre no todo e conduza à produção do resultado*<sup>1020</sup>” (o “*italico*” é nosso).

Todavia e a nosso ver, não só esta concepção de execução na co-autoria não respeita o teor literal do art. 26.º, 3.ª alternativa, CP (“tomar parte directa na sua execução”), como não nos permite, em verdadeiro rigor, distinguir esta forma particular de autoria da cumplicidade. Efectivamente, também o cúmplice actua integrado numa decisão e acção criminosa conjunta ou global conducente à verificação do resultado típico, razão pela qual se lhe exige que preste conscientemente auxílio à prática do crime e represente essa prática querendo que ela se efective (“dolo duplo”). Contudo e diversamente do co-autor, o cúmplice não intervém na execução de modo a dominar, positiva e negativamente, o facto, estando, aliás, a relevância juspenal da sua actuação dependente de que o comportamento do autor constitua em si um facto tipicamente ilícito (“acessoriedade limitada”).

<sup>1019</sup> Acórdão do TRC, de 12-10-2011, “Recurso interposto pela arguida C”.

<sup>1020</sup> Acórdão do TRC, de 12-10-2011, “Recurso interposto pelo arguido A”. Esta definição jurisprudencial da “execução conjunta” na co-autoria é feita remetendo para o Acórdão do STJ, de 22 de Fevereiro de 1995, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 444, p. 209.

Não nos surpreende, portanto, que a Relação não censure a sentença em exame, mais concretamente na parte em que esta considera todos os arguidos co-autores de um crime de sequestro qualificado: “As bárbaras agressões e humilhações a que seguidamente é sujeita a ofendida G (...) foram efectuadas *em comunhão de esforços entre os três arguidos...*<sup>1021</sup>” (o “itálico” é nosso servindo para sublinhar o que é uma imputação genérica dos factos, imprestável para determinar a relevância objectiva §da contribuição de cada um dos agentes para a realização típica). Já em nossa opinião e respeitando integralmente os factos provados, diremos que à luz da teoria que o próprio tribunal de recurso afirma subscrever (teoria do domínio do facto) os arguidos A e B são co-autores de um crime de sequestro simples e C autora imediata de um crime de sequestro qualificado, admitindo-se, em alternativa e em virtude da particular censurabilidade das agressões sofridas por G (foi desnudada e barbaramente sovada com um pau até ficar inconsciente), que seja defensável sustentar que todos os arguidos são co-autores de um crime de sequestro simples, sendo ainda C autora imediata, em concurso efectivo, de um crime de ofensa à integridade física simples qualificada. Quanto ao crime de furto, a matéria de facto dada como assente é insuficiente para uma decisão sobre a respectiva autoria, pois aquele crime é, indistintamente, imputado a todos os arguidos.

#### 4.º Acórdão do TRC, de 11-5-2011 (Furto)<sup>1022</sup>

Perante a factualidade provada, a resposta dada pela Relação à questão posta pelo recorrente sobre a qualificação jurídico-penal da sua intervenção nos crimes que lhe são imputados parece-nos concludente.

Assim e após se evadir do Centro onde cumpria medida tutelar de internamento em regime fechado, BB, juntamente com outros dois co-arguidos - que tinham, entretanto, tirado ao monitor AC as chaves do seu veículo automóvel -, entrou neste veículo e pôs-se em fuga. Mais tarde e porque o rebentamento de um dos pneus fez com que o dito veículo se imobilizasse, os mesmos três arguidos

<sup>1021</sup> Acórdão do TRC, de 12-10-2011, “Recurso interposto pelo arguido A”.

<sup>1022</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Secção Criminal, de 11 de Maio de 2011 (Proc. n.º 26/09.9GTGRD.C1), relatado por Orlando Gonçalves (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 20-9-2012).

tentaram sem êxito colocar em funcionamento uma outra viatura em que entraram. Por fim e tendo-se introduzido numa terceira viatura automóvel, conseguiram reiniciar a fuga que só terminou após o despiste desta última viatura e a posterior captura dos foragidos pela GNR.

Tendo sido condenado, em 1.<sup>a</sup> instância, como co-autor de dois crimes de furto simples e de um crime de furto tentado, BB viu essa condenação por co-autoria confirmada pelo tribunal *ad quem*:

“Estando dado como provado, no acórdão recorrido, que o recorrente BB, no âmbito de uma fuga, com mais dois indivíduos, de um Centro Educativo, onde cumpriam medida de internamento institucional em regime fechado, se quiseram apropriar e apropriaram dos veículos automóveis de matrícula (...) e de matrícula (...), e se quiseram apropriar do veículo automóvel de matrícula (...), o que só não fizeram por razões alheias à sua vontade, sabendo todos eles que os veículos não lhes pertenciam e que actuavam contra a vontade e sem o consentimento dos donos, não vemos como se pode sustentar que o recorrente se limitou a apanhar uma ‘boleia’<sup>1023</sup>”.

Entretanto, a situação da vida *sub judice* assume um interesse particular em virtude da especial atenção que o tribunal de 1.<sup>a</sup> instância dispensa à determinação da matéria de facto dada como assente. Centrando-nos, agora, somente nos co-arguidos SM e CI, a individualização das respectivas responsabilidades criminais resulta dos seguintes factos provados:

Tendo acordado e planeado “evadir-se do estabelecimento em que cumpriam medida de internamento institucional, em regime fechado” (n.º 2 da matéria de facto), o co-arguido SM, dando execução a esse plano, “retirou das oficinas do referido estabelecimento uma chave de fendas (...), que escondeu dentro do sapato, levando-a para o seu quarto, tendo-a guardado debaixo do colchão” (n.º 3 da matéria de facto). Assim e após os arguidos SM e CI terem decidido “que seria nesse dia que iriam evadir-se do estabelecimento, (...) o arguido SM, que se encontrava munido da chave de fendas, chamou o monitor AC, pedindo-lhe para ir ao quarto de banho” (respectivamente, ns.º 4 e 5 da matéria de facto).

---

<sup>1023</sup> Acórdão do TRC, de 11-5-2011, “Apreciação do recurso”.

Porque o quarto de banho “fica fora da zona dos quartos, da qual é necessário abrir uma porta, o monitor AC ficou a aguardar a vinda do arguido SM junto à referida porta e quando chegou perto daquele, de forma súbita, encostou-lhe a chave de fendas ao pescoço e disse-lhe em tom ameaçador: ‘abra já a porta do quarto do CI senão furo-o’” (respectivamente, ns.º 6 e 7 da matéria de facto). Acto contínuo e “uma vez aberta a porta do quarto do CI, o arguido SM empurrou o monitor para dentro do quarto daquele, retirou os atacadores das suas sapatilhas e com os mesmos, amarrou-lhe as mãos atrás das costas e retirou-lhe as chaves dos quartos” (n.º 8 da matéria de facto). Seguidamente, “os arguidos SM e CI levaram o monitor para dentro da cela de isolamento, aos empurrões” (n.º 9 da matéria de facto). Quando o monitor AG, “que tinha sido substituído pelo monitor AC, enquanto foi ao quarto de banho”, retornou à unidade do regime fechado “o arguido SM desferiu um golpe com a chave de fendas que trazia na mão, atingindo o monitor AG, no peito, do lado direito, sobre o mamilo” (respectivamente, ns.º 15 e 16 da matéria de facto). Após ter sido “surpreendido com a tentativa de outro golpe com a chave de fendas por parte do arguido SM, que conseguiu sustentar com o braço direito”, o monitor AG acabou por ceder face aos arguidos, que se puseram em fuga (respectivamente, ns.º 17 e 18 da matéria de facto).

O MP, na sua acusação, imputa – no que, agora, nos interessa - aos arguidos SM e CI a prática, em co-autoria e concurso real, de um crime de homicídio qualificado na forma tentada, de um crime de coacção agravada e de um crime de sequestro qualificado. Distinguindo – exemplarmente – a componente subjectiva expressa no acordo firmado entre os co-arguidos SM e CI de os actos de execução realizados por cada um deles, o tribunal *a quo* vem a condenar SM como autor imediato, em concurso efectivo de infracções, de um crime de ofensa à integridade física simples qualificada e de um crime de coacção agravada, cujas vítimas são, respectivamente, os monitores AG e AC, e SM e CI como co-autores de um crime

de sequestro qualificado<sup>1024</sup> contra o segundo dos monitores. É dizer que se vai *in casu* para além das imputações genéricas usuais: “de comum acordo e em comunhão de esforços” e/ou “segundo um plano previamente traçado” – que fundamentam, por regra e sem mais, a co-autoria decidida pelos nossos tribunais - para num esforço de prova das concretas condutas criminosas alicerçar, em definitivo, na execução a forma particular de intervenção de cada agente nos factos puníveis.

5.º Acórdão do TRC , de 29-9-2010 (Ofensa à integridade física)<sup>1025</sup>

Diz-se no presente aresto que de acordo com a doutrina e a jurisprudência dominantes são pressupostos da co-autoria os seguintes elementos: “**1.** A intervenção directa *na fase da execução do crime* (‘execução conjunta do facto’); **2.** O acordo para a realização conjunta do facto; acordo que não pressupõe a participação de todos na elaboração do plano comum de execução do facto; que não tem de ser expresse, podendo manifestar-se através de qualquer comportamento concludente; e que não tem de ser prévio ao início da prestação do contributo do respectivo co-autor; **3.** *O domínio funcional do facto*, no sentido de o agente ‘*deter e exercer o domínio positivo do facto típico*’ ou seja o domínio da sua função, do seu contributo na realização do tipo, de tal forma que, numa perspectiva ‘ex ante’, a omissão desse contributo impediria a realização do facto típico na forma planeada<sup>1026</sup>” (os “*itálicos*” são nossos).

Na aplicação desta posição doutrinária-jurisprudencial à situação *sub judicio* e dando resposta à questão posta pelo recorrente J a respeito da qualificação jurídico-penal da sua intervenção nos factos, o TRC confirma a decisão do tribunal colectivo que condenara o referido arguido, em concurso efectivo de infracções, como co-autor de um crime de ofensa à integridade física simples qualificada e de um crime de rapto agravado. Deixando de parte o segundo crime, a factualidade provada que é fundamento da condenação pela prática do outro delito (ofensa à

---

<sup>1024</sup> *In casu* a qualificação resulta do crime de sequestro ter sido praticado contra “uma das pessoas referidas na alínea l) do n.º 2 do artigo 132.º, no exercício das suas funções ou por causa delas” (cfr. art. 158.º, n.º 2, al. f), CP).

<sup>1025</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Secção Criminal, de 29 de Setembro de 2010 (Proc. n.º 557/09.0JAPRT.C1), relatado por Alberto Mira (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 24-9-2012).

<sup>1026</sup> Acórdão do TRC, de 29-9-2010, II (“Fundamentação”), par. 8.

integridade física qualificada) consta dos pontos 15 a 19, e 28 da matéria de facto, a saber (os “*itálicos*” são nossos):

Tendo sido levada para o acampamento cigano, “onde se veio a realizar o casamento, ao qual o arguido A assistiu, (n.º 15 da matéria de facto) sabiam os arguidos J, M e R, todos de etnia cigana, que, de acordo com os costumes e tradições da etnia a que pertencem, antes de se celebrar a cerimónia do casamento, efectuar-se-ia teste para comprovar a virgindade da menor, no âmbito do qual, uma mulher mais velha, através da penetração da vagina da menor com os dedos e um pano branco, aferiria se a C era virgem através do sangramento que daquele modo causaria ao romper o hímen” (n.º 16 da matéria de facto). Assim, “a menor, *que ali se encontrava sob o controlo e domínio dos arguidos J, M e R*, que, com a ajuda do arguido A, para ali a tinham levado, *com o conhecimento destes*, foi levada por diversas mulheres ciganas para o interior de casa existente no acampamento a fim de se efectuar o referido teste de virgindade. (n.º 17 da matéria de facto). No interior daquela casa, após se ter deitado e despido as cuecas como lhe foi ordenado, uma mulher não identificada de etnia cigana, vulgarmente designada como ‘ajuntadeira’, introduziu-lhe na vagina um dedo da mão envolto num pano branco, que revirou durante algum tempo, causando dores à menor. Passados alguns momentos, retirou o dedo e, verificando que o mesmo se encontrava imaculado, repetiu o procedimento, voltando a penetrar a vagina da C com o dedo envolto no pano branco e assim lhe causando novamente dores. Quando retirou o dedo, o pano vinha ensanguentado. Aquela mulher voltou a penetrar a vagina da menor com o dedo envolto noutro pano branco que também retirou com sangue, dando assim por findo aquele teste” (n.º 18 da matéria de facto). Em consequência da conduta descrita, para além de dores, C sofreu as lesões descritas e examinadas no relatório pericial (...), designadamente.... (n.º 19 da matéria de facto). (...) Actuaram os arguidos J, R e M *em conjugação de esforços e em execução de plano por todos delineado*, com o intuito logrado de casarem a menor segundo o ritual cigano e *a sujeitarem ao exame acima descrito* no qual lhe foram inseridos dedos de pessoa não identificada na



vagina bem como panos brancos, no que contaram com o auxílio do arguido A” (n.º 28 da matéria de facto).

O entendimento que o tribunal *ad quem* tem do que designa por “domínio funcional do facto” e que lhe permite qualificar como co-autores de um crime de ofensa à integridade física qualificada agentes que, comprovadamente, não tomaram parte directa na execução desse delito expressa-o nos termos seguintes:

“No caso em apreciação, (...) estamos perante *um exercício conjunto do domínio do facto*; uma contribuição objectiva dos arguidos J, M e R para a realização do designado ‘teste de virgindade’ sofrido pela menor C. O recorrente, *conjuntamente com os outros dois arguidos aderiu ao projecto global e dele participou através de contributo essencial à sua concretização*, nos termos já suficientemente explanados. Sucede que os arguidos *sabiam* que o plano congeminado e executado (subtracção/retenção da menor, tendo em vista o casamento da mesma com o arguido R) implicaria *necessariamente* a efectivação do referido teste, do qual resultariam lesões, pelo menos físicas, para a menor<sup>1027</sup>” (os “itálicos” são nossos).

Misturam-se, pois, critérios subjectivos (é-se co-autor porque se acordou na prática do crime) com critérios objectivo-materiais (é-se co-autor porque causa necessária da prática do crime), mas todos eles conducentes a um conceito extensivo de autoria e, conseqüentemente, incompatíveis com a teoria do domínio do facto que – consabidamente - privilegia um conceito restritivo de autor.

Em verdadeiro rigor, o co-arguido J é quando muito instigador do crime de ofensa à integridade física em análise, na medida em que determinando outrem a cometê-lo se constituiu em causa necessária da sua efectivação *ex vi* art. 26.º, 4.ª alternativa, CP.

#### 6.º Acórdão do TRC, de 21-4-2010 (Furto)<sup>1028</sup>

Tendo o co-arguido O questionado a sua participação, a título de co-autoria, num crime de furto qualificado: “(...) em ambos os depoimentos prestados, o co-

<sup>1027</sup> Acórdão do TRC, de 29-9-2010, II (“Fundamentação”), par. 8 (*in fine*).

<sup>1028</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Secção Criminal, de 21 de Abril de 2010 (Proc. n.º 6/07.9GBAGD.C1), relatado por Brízida Martins (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 25-9-2012).

arguido AM assumiu a iniciativa dos factos, o desempenho e móbil para os mesmos, como se realçou ao longo da motivação ofertada<sup>1029</sup>”, o TRC vem a confirmar a decisão recorrida tecendo algumas considerações interessantes sobre a autoria, em geral. Assim e após afirmar que a teoria do domínio do facto “tem como ponto de partida o conceito restritivo de autor com a sua vinculação ao tipo legal”, aquele tribunal superior diz:

“*Senhor do facto é (...) aquele que domina a execução típica, de tal modo que a ele cabe papel director da iniciativa, interrupção, continuação e consumação da realização, dependendo estas, de forma decisiva, da sua vontade. A uma concretização desta ideia serve, de resto, o nosso próprio sistema legal, pelo menos na medida em que o artigo 26.º individualiza e distingue a autoria imediata, a autoria mediata e a co-autoria*”. Mais adiante e referindo-se à co-autoria, define-a como “uma ‘divisão de trabalho’ que torna possível o facto ou que facilita o risco”, precisando que ela requer, no aspecto subjectivo, a resolução comum de realizar o facto, sendo que, no aspecto objectivo, “(...) importa referir que, *atendendo à ‘divisão de papéis’ mais apropriada ao fim proposto, (...) uma contribuição ao facto que não entre formalmente no marco da acção típica* resulte suficiente para castigar por autoria. Basta que se trate *de uma parte necessária da execução do plano global* dentro de uma razoável ‘divisão de trabalho’ (domínio funcional do facto)<sup>1030</sup>” (os “itálicos” são nossos).

Esta posição judiciária sobre a co-autoria - com que nos deparamos, expressa ou implicitamente, na larga maioria das decisões dos nossos tribunais superiores - traduz-se num alargamento da respectiva vertente objectiva para além da execução, alargamento esse que se pretende justificar atendendo, por um lado, ao conteúdo do acordo firmado entre todos os intervenientes (fundamento subjectivo) e, por outro, à necessidade causal da respectiva contribuição para a realização típica (fundamento objectivo). Acontece, porém, que esta compreensão da co-autoria, não apenas se revela contrária aos pressupostos doutrinários da teoria do domínio do facto introduzindo aí critérios subjectivos e objectivo-materiais que

<sup>1029</sup> Acórdão do TRC, de 21-4-2010, I (“Relatório”), par. 1.2.6.

<sup>1030</sup> Acórdão do TRC, de 21-4-2010, III (“Fundamentação de direito”), par. 3.3.1.

lhe são estranhos (porventura, será por esta razão que contrariamente à designação roxiniana se diz “domínio funcional do facto”, em vez de “domínio do facto funcional”<sup>1031</sup>), como desrespeita o teor literal do artigo 26.º, 3.ª alternativa, CP.

Na situação *sub judice* as consequências jurídico-criminais do entendimento que o tribunal *ad quem* subscreve comparativamente às que resultariam da posição doutrinária que sufragamos são irrelevantes: trata-se, a nosso ver, de um caso de “co-autoria sucessiva”, e não de co-autoria *tout court*, sendo, todavia, ao menos duvidoso que o furto dos “auto-rádios” possa ser imputado aos co-arguidos O e M. É a seguinte a factualidade provada (os “*itálicos*” são nossos):

Chegados a Mortágua e tendo o veículo automóvel em que seguiam avariado, o arguido AM “propôs introduzir-se no stand ‘A’ (...) com a finalidade de daí retirar um veículo automóvel, o que fez com conhecimento dos demais arguidos e assentimento destes”. *Enquanto os arguidos M e O “permaneciam no exterior das referidas instalações com a finalidade de vigiar se aparecia alguém, designadamente a GNR”*, o arguido AM, após cortar a rede que vedava a entrada para o recinto do mencionado stand, conseguiu introduzir-se nesse recinto. Seguidamente, arrombou a porta do quarto de banho “e do seu interior retirou dois auto-rádios, no valor cada um de € 70,00, *que levou com ele*”. Já dentro do escritório, o arguido AM “pegou nas chaves da ignição do veículo automóvel (...) que se encontrava no recinto, em frente ao portão de entrada para o referido stand”. Como não conseguiu colocar o veículo automóvel a trabalhar, “os arguidos O e M vieram em seu auxílio *e ajudaram-no a empurrar o referido veículo automóvel para o exterior do stand* (...) Todavia, como mesmo assim o motor do veículo automóvel (...) não pegava”, o arguido AM retirou do interior das instalações uma bateria e, de comum acordo e em conjugação de esforços com os demais arguidos, fizeram uma ligação directa, “tendo logrado desta forma que o motor (...) funcionasse”. De seguida, deslocaram-se no veículo furtado para a zona de Águeda, “assim fazendo seus o veículo e demais objectos acima referidos”.

Existem *in casu* dois acordos de conteúdo distinto: inicialmente, prevê-se apenas que os co-arguidos O e M assegurem a vigilância, enquanto AM furta um veículo automóvel do interior do stand; depois e dado o insucesso da acção levada a cabo por este último arguido, os outros dois comparsas cooperam com ele na

---

<sup>1031</sup> Vide, por todos, ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. cit., pp. 305 e ss.

subtracção do dito automóvel, conseguindo consumir o furto. Assim e se, de início, os arguidos O e M não intervêm na execução sendo somente cúmplices da tentativa de furto realizada por AM, mais tarde convertem-se todos em co-autores do crime em causa: há acordo, pelo menos, tácito quanto à subtracção ilícita de coisa móvel alheia e execução conjunta dessa subtracção. Está-se, pois, na área de incidência da chamada “co-autoria sucessiva”, sustentando a doutrina dominante “que ao co-autor só deve ser imputado o ilícito cometido *depois* da sua adesão ao acordo”<sup>1032</sup>. Solução esta que nos parece pouco menos que indiscutível atendendo, por um lado, ao teor literal da nossa lei penal (só é co-autor quem toma parte directa na execução) e, por outro, à impossibilidade ontológica de um acordo posterior à execução.

Em conclusão: os três arguidos são co-autores do crime de furto do veículo automóvel, mas apenas AM é autor (*rectior*, autor imediato) do crime de furto dos auto-rádios, desde logo porque este delito se consuma antes do acordo que releva para a prática do outro crime.

#### II.3.1.4. Tribunal da Relação de Guimarães

##### 1.º Acórdão do TRG, de 11-11-2010 (Roubo)<sup>1033</sup>

Este acórdão é paradigmático quanto à particular relevância que a matéria de facto (“questão-de-facto”) assume em processo penal. Estão em causa três crimes de roubo qualificado praticados por dois arguidos, em co-autoria. Assim,

“Em execução de um plano prévio, de comum acordo e em conjugação de esforços, (...) os arguidos Francisco e Luís deslocaram-se à residência de José R. (...), a fim de se apoderarem de dinheiro e outros bens que ali se encontrassem” (n.º 1 da matéria de facto). Nessa altura e para além de José R., encontravam-se na referida residência outros dois indivíduos: Hugo e o seu irmão José. Logo que o Hugo abriu a porta, “o arguido Luís colocou as mãos ao nível da cintura dando a entender ao Hugo que trazia

<sup>1032</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal- Parte Geral*. cit., p. 794.

<sup>1033</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Secção Criminal, de 11 de Novembro de 2010 (Proc. n.º 838/08.0PBGM.R.G1), relatado por Fernando Monterroso (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 1-10-2012).

consigo uma pistola. Convencido de que o arguido Luís trazia consigo uma arma de fogo e temendo que ele a utilizasse e o atingisse com a mesma, de forma a provocar-lhe ferimentos graves e até a morte, o ofendido Hugo, atendendo também à superioridade física daquele, afastou-se para o lado” (respectivamente, ns.º 4 e 5 da matéria de facto). Entretanto e “assim que entrou na sala, o arguido Francisco dirigiu-se ao ofendido José, que estava sentado no sofá e começou a desferir-lhe vários estalos no rosto, ao mesmo tempo que lhe encostava, ao pescoço, uma navalha de características não apuradas, perguntando pela droga e dizendo que o matava. Nesse momento, ao ver o seu irmão José a ser agredido e receando que o arguido Francisco o atingisse com a navalha, o Hugo começou a correr na sua direcção para o agarrar, tendo sido impedido pelo arguido Luís, que lhe desferiu um pontapé nas pernas” (respectivamente, ns.º 6 e 7 da matéria de facto). Após o arguido Francisco o ter, também, atingido com um pontapé na cara, o ofendido Hugo sentou-se no sofá, obedecendo às ordens deste último agressor (n.º 8 da matéria de facto). Enquanto continuava a agredir violentamente o José, desferindo-lhe várias bofetadas, socos e pontapés, o arguido Francisco disse ao seu comparsa – o que este fez de imediato - para recolher o que estava em cima da mesa da sala, a saber: um computador pertencente a José R.; um telemóvel propriedade de José; e dois telemóveis que pertenciam ao Hugo (respectivamente, ns.º 9 e 10 da matéria de facto). Depois de ter agredido, novamente e por diversas formas, o José, o co-arguido Francisco “dirigindo-se aos ofendidos, disse-lhes: ‘agora ide fazer queixa ao Chefe Oliveira, nós somos da P.J., eu mato-vos’. Após, em poder do computador portátil e dos telemóveis, os arguidos saíram da residência e abandonaram o local, levando-os consigo” (respectivamente, ns.º 20 e 21 da matéria de facto).

Na fundamentação da decisão sobre a matéria de facto, o tribunal *a quo* esclarece:

“Se é certo que não foi admitido pelas testemunhas que tivesse havido aquisição de estupefacientes aos arguidos, as perguntas que referiram (‘onde está a droga?’, ‘onde está o dinheiro?’) apontam para uma deslocação destes àquele espaço com a finalidade de cobrança de uma

transacção prévia (com eventual consumo naquele espaço) com intimidação, numa réplica de cenas que podem ser vistas em alguns filmes de acção; assim se percebe que não tenham tido receio de ser reconhecidos, pois tudo indica que o propósito era obter pagamento por qualquer forma (droga, dinheiro, objectos como aqueles que acabaram por levar consigo), obter o respeito futuro dos ofendidos em eventuais futuras transacções e passar a mensagem para outras pessoas que pudessem ter semelhante comportamento<sup>1034</sup>.

Por outro lado, o TRG, sufragando um entendimento praticamente unânime da doutrina e jurisprudência, considera que tratando-se de o tipo legal de roubo (art. 210.º, CP) há tantos crimes quantas as pessoas ofendidas. Acrescenta-se, todavia, que “se o agente assaltar duas pessoas, mas só se apropriar de bens de uma, então só comete um crime de roubo”, e isto porque é na pessoa desapropriada que se concentra a violação dos bens jurídicos tutelados, tanto os de carácter pessoal (vida ou integridade física e liberdade de decisão e acção) como o de carácter patrimonial (propriedade). Quando muito “poderá ocorrer a prática de outro crime, por exemplo o de ofensas corporais, que poderá ser punido em concurso com o roubo<sup>1035</sup>”. Neste sentido e sendo o roubo um crime doloso, o tribunal *ad quem* sustenta que nos presentes autos “não resulta claro se os arguidos sabiam que os bens pertenciam aos três ofendidos (ou se representaram essa eventualidade, conformando-se com ela)”, circunstância esta que reputa “essencial para se poder concluir com segurança se cometeram um ou vários crimes<sup>1036</sup>”. Razão pela qual julga que a decisão recorrida enferma do vício de “a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”, determinando, em consequência, o reenvio do processo para novo julgamento, mas apenas relativamente àqueles factos (cfr., respectivamente, arts. 410.º, n.º 2, al. a) e 426.º, n.º 1, ambos do CPP).

Ora, se assim é, também a intervenção de cada arguido deve ser qualificada e avaliada em função dos factos provados. Daí que, não tendo o proprietário do espaço – o José R. – sido vítima de qualquer acto de ofensa corporal, ameaça e/ou coacção (ele próprio reconhece no depoimento que prestou ao tribunal que “quando

<sup>1034</sup> Acórdão do TRG, de 11-11-2010, “Fundamentação da decisão sobre a matéria de facto”.

<sup>1035</sup> Acórdão do TRG, de 11-11-2010, “Fundamentação”, par. 4., al. b).

<sup>1036</sup> Acórdão do TRG, de 11-11-2010, “Fundamentação”, par. 4., al. b).

viu aquele estado de coisas, encostou-se à parede à espera que passasse<sup>1037</sup>), só existirá no que lhe respeita um crime de furto praticado pelo Luís (autor imediato), a instâncias de Francisco (instigador), delito este que está em concurso efectivo com o crime ou crimes de roubo perpetrados, em co-autoria, pelos mesmos agentes contra os restantes ofendidos: José e Hugo.

**2.º Acórdão do TRG, de 15-12-2009 (Abuso de poder)<sup>1038</sup>**

Das três situações apreciadas e decididas neste processo, destacaremos a seguinte:

Durante uma acção de fiscalização rodoviária, o agente da G.N.R Rolando verificou que Moisés conduzia um tractor agrícola sem se fazer acompanhar dos documentos legalmente exigidos (n.º 21 da matéria de facto). Assim e “quando se preparava pra preencher o aviso para aquele apresentar os documentos no Posto da G.N.R. de Barcelos”, o arguido Bruno, também militar da G.N.R. “disse-lhe para o deixar seguir porque já o conhecia, tinha-o fiscalizado anteriormente, e que tinha tudo legal” (n.º 22 da matéria de facto). Perante a intervenção do seu colega, “aquele Rolando deixou o condutor Moisés seguir viagem sem lhe passar o aviso para apresentar os documentos e sem levantar o auto de contra-ordenação da infracção” (n.º 23 da matéria de facto). Porém, o arguido Bruno, que conhecia mal o referido Moisés, agiu daquele modo a pedido do co-arguido Manuel, amigo do agente da G.N.R. e proprietário de uma quinta onde o tratorista infractor estivera, imediatamente, antes (respectivamente, ns.º 24 e 25 da matéria de facto).

Face a esta factualidade, o tribunal de 1.ª instância condenou os arguidos Bruno e Manuel, respectivamente, como autor e instigador de um crime de abuso de poder p. e p. pelo art. 382.º, CP<sup>1039</sup>. Neste particular, diz-se na decisão recorrida, cujo conteúdo mereceu a aprovação do TRG:

---

<sup>1037</sup> Acórdão do TRG, de 11-11-2010, “Fundamentação da decisão sobre a matéria de facto”.

<sup>1038</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Secção Criminal, de 15 de Dezembro de 2009 (Proc. n.º 1279/06.OTABCL.G1), relatado por Filipe Melo (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 2-10-2012).

<sup>1039</sup> Sob a epígrafe “Abuso de poder”, o art. 382.º, CP, estatui: “O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou causar prejuízo a outra pessoa, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

“O arguido Manuel intervém como instigador, na medida em que determinou o arguido Bruno à prática de factos que integram o crime de abuso do poder. Com efeito, posto que este arguido não era amigo do (...) Moisés, não fora a intervenção daquele arguido e este não agiria no sentido de lhe ‘perdoar’ a contra-ordenação, apresentando-se, assim, aquela intervenção *como uma condição necessária* da decisão do arguido Bruno cometer o acto ilícito<sup>1040</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

Portanto e uma vez mais, o tribunal de recurso assume uma compreensão desta forma particular de intervenção criminosa que nos remete para uma ideia de instigação como “causa necessária” do facto, fundamento dogmático este que o tribunal *ad quem* contrapõe ao recorrente Manuel quando este alega no seu recurso: “Ora, o simples pedido, sem mais, numa formulação de juízo *ex ante* não pode, nem constitui causa adequada de molde a convencer ou influenciar psiquicamente o arguido Bruno para a execução do facto” (n.º 15 das conclusões).

Entretanto e sem dar razão ao co-arguido Manuel quando este reclama a sua absolvição (n.º 22 das conclusões), quer-nos parecer, todavia, que não há *in casu* instigação-autoria, mas simples indução que é cumplicidade moral:

“Não é quanto ao modo de actuação que se distingue a autoria moral e a cumplicidade moral, mas quanto ao seu efeito; na autoria moral, verifica-se como resultado a determinação de outrem ao crime, enquanto, na cumplicidade moral, a perpetração do crime por outrem não é consequência necessária do auxílio moral, que apenas ‘auxilia’, facilita ou *fortalece* a decisão do autor material<sup>1041</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

Este nosso entendimento a favor da indução (“fortalecimento”), nesta concreta situação *sub judicio*, encontra um certo apoio na circunstância de o “benefício ilegítimo” que faz parte do respectivo tipo objectivo de ilícito aproveitar, também, ao militar da G.N.R. (Bruno), como resulta claramente do n.º 26 dos factos provados: “Aquele Moisés ficou-lhes, assim, a dever o favor do ‘perdão’ da infracção”.

Finalmente e tendo o tribunal *ad quem* julgado improcedente o recurso interposto pelo co-arguido Bruno, que impugna diversos pontos da matéria de facto

<sup>1040</sup> Acórdão do TRG, de 15-12-2009, “Fundamentação”, II.

<sup>1041</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – I. cit.*, p. 495.



fixada na 1.<sup>a</sup> instância e advoga a inclusão como provados de outros pontos não considerados pelo tribunal *a quo*, o TRG acaba por não se pronunciar sobre a correcta qualificação jurídico-penal da intervenção do recorrente nos factos. Efectivamente e como consta, respectivamente, dos ns.º 21 e 23 da matéria de facto, foi o militar Rolando a pessoa que fiscalizou o infractor Moisés e o deixou passar sem levantar o auto de contra-ordenação. Todavia, este soldado da G.N.R. actuou desse modo induzido em erro relevante (erro sobre a factualidade típica) dolosamente causado pelo co-arguido Bruno. Destarte e apesar de ter sido Rolando a executar o crime em causa, a sua responsabilidade jurídico-penal vê-se excluída *ex vi* art. 16.º, n.º 1, CP, devendo, em contrapartida, aquele co-arguido ser punido como autor mediato desse mesmo crime: “É punível como autor quem executar o facto (...) por intermédio de outrem” (art. 26.º, 2.<sup>a</sup> alternativa, CP).

**3.º Acórdão do TRG, de 18-9-2006 (Ofensa à integridade física)<sup>1042</sup>**

Em conformidade com a matéria de facto dada como provada, após uma altercação violenta no interior de um café entre o arguido António, gerente do estabelecimento, e o cliente Ricardo, aquele primeiro indivíduo contactou por telefone quatro outras pessoas “cuja identidade não foi possível apurar”, a fim de agredirem o citado cliente entregando-lhe, simultaneamente, as chaves que ele esquecera no café e reclamara já sem sucesso junto do mesmo gerente. Assim e logo que os indivíduos contactados pelo António chegaram ao local, este entregou-lhes as chaves e apontando na direcção do Ricardo, disse-lhes: “É aquele filho da puta de beje, entreguem-lhe as chaves e partam-no todo”. De imediato, os referidos indivíduos abeiraram-se do Ricardo e “desferiram-lhe murros e pontapés em diversas partes do corpo”, tendo ainda um deles agredido a vítima “com o taco de baseball que para o efeito levava consigo”. Entretanto e porque a namorada e a mãe do agredido acorreram em socorro deste, também elas foram maltratadas pelos mesmos sujeitos sem que o António – que presenciou a cena – tentasse obstar a estas outras agressões, tendo-se conformado com a sua perpetração.

---

<sup>1042</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Secção Criminal, de 18 de Setembro de 2006 (Proc. n.º 663/06-1), relatado por Estelita Mendonça (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 4-10-2012).

Em 1.<sup>a</sup> instância, o arguido António foi condenado, em concurso efectivo, como autor de três crimes de ofensa à integridade física qualificada<sup>1043</sup> praticados, respectivamente, contra o Ricardo, sua mãe e namorada. No recurso que interpõe para o tribunal da relação, aquele arguido alega, entre outras coisas, que “não basta incentivar, aconselhar, sugerir, reforçar o propósito ou mesmo persuadir para que se possa falar de agente instigador da prática de um crime para efeitos do disposto no art. 26.º, CP” (n.º 6 das conclusões). Acrescentando: “Necessário seria, por isso, que se demonstrasse que o aqui recorrente foi ‘*dono e senhor da decisão do instigado de o (crime) cometer*’” (n.º 7 das conclusões).

Em resposta a esta argumentação, o TRG parece confundir a autoria mediata com a instigação. Efectivamente, diz o tribunal *ad quem*: “É o autor mediato quem tem o domínio do facto e o domínio da vontade, uma vez que o executor está a ser por aquele instrumentalizado. Ora, no caso dos autos, *os autores imediatos foram instrumentalizados pelo arguido* pois foi ele quem os instigou, ou seja, quem os determinou à prática do crime de ofensas corporais qualificadas: ‘Dêem-lhe a chave mas partam-no todo...’, pois, determinar outra pessoa à prática de um crime significa criar nela a decisão de o cometer<sup>1044</sup>” (o “*itálico*” é nosso).

Como dissemos já<sup>1045</sup>, Figueiredo Dias sustenta que a “instigação-determinação” é ainda uma forma particular de autoria traduzindo-se em o “domínio da decisão” por parte do “homem de trás” tendo em conta a acção levada a cabo pelo executor. Neste sentido, só quem cria, por inteiro, no “homem da frente” a decisão de praticar o crime será punível como autor, revelando-se todos os outros modos de influenciar, psicologicamente, a motivação do executor (incentivo, aconselhamento, sugestão, etc.) formas de simples cumplicidade à luz do art. 27.º, n.º 1, 2.<sup>a</sup> alternativa, CP. Também afirmámos que consideramos, ontologicamente, insustentável a aceitação de um “domínio” sobre a decisão de outrem: se a vontade em si nos parece susceptível de assenhoreamento ou manipulação alheia, tal não poderá já suceder, em nossa opinião, com a decisão propriamente dita: sendo esta, onticamente, a consciência de uma vontade, surge-nos, assim, como a expressão

<sup>1043</sup> Vide nota de rodapé n.º 1018. Neste caso, a circunstância agravante é a prevista na alínea h), do n.º 2, art. 132.º, CP: “Praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas ou utilizar meio particularmente perigoso ou que se traduza na prática de crime de perigo comum”.

<sup>1044</sup> Acórdão do TRG, de 18-9-2006, “Fundamentação”, par. 1. (“Da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”), *in fine*.

<sup>1045</sup> Vide Parte Segunda, capítulo III, par. III.2.2.

livre e esclarecida – portanto, não dominável – de uma determinada resolução (no que nos interessa, da resolução de praticar um certo crime)<sup>1046</sup>.

Acontece, porém, que a “instrumentalização” a que se refere a Relação corresponde – essa, sim - a uma particular forma de domínio própria da autoria mediata (“domínio da vontade”), nos termos da qual o agente imediato ou executor como que perde a sua específica individualidade às mãos do “homem da retaguarda” convertendo-se em algo que, na larga maioria dos casos, não possui plena responsabilidade penal ou mesmo quando a possui se revela “fungível”.

Assim e se, por um lado, não é necessário à prova da existência de instigação, pelas razões aduzidas e contrariamente ao pretendido pelo recorrente, demonstrar que o arguido António “foi dono e senhor da decisão do instigado de cometer o crime”, por outro lado e diversamente do que afirma o TRG, o instigador não é autor porque “os autores imediatos foram instrumentalizados pelo arguido”. Antes, o arguido António deve ser condenado como instigador-autor porque se constitui *ex vi* art. 26.º, 4.ª alternativa, CP, em “causa necessária” dos crimes de ofensa à integridade física qualificada perpetrados pelos quatro indivíduos cuja identidade não foi possível apurar.

#### II.3.1.5. Tribunal da Relação de Évora

##### 1.º Acórdão do TRE, de 25-5-2010 (Burla)<sup>1047</sup>

A co-arguida MM vem, no recurso que interpõe para o TRE, impugnar a matéria de facto fixada na 1.ª instância, tendo em vista, a final, contrariar o

---

<sup>1046</sup> Diz-nos ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Tradução do grego e notas de António de Castro Caeiro. 2.ª edição. Lisboa: Quetzal Editores, 2006, pp. 63 e s.: “Decidir e agir voluntariamente não é (...) a mesma coisa, pois, a acção voluntária é um fenómeno mais abrangente. É por essa razão que ainda que tanto as crianças como os outros seres vivos possam participar na acção voluntária, não podem, contudo, participar na decisão. Também dizemos que as acções voluntárias dão-se subitamente, mas não assim de acordo com uma decisão (1111b5). Na verdade, uma decisão implica um sentido orientador e um processo de pensamento. É o que parece também deixar entender o nome, como sendo uma escolha preferida em detrimento de outras preteridas (1112a15)”. Em nota (n.º 91) a este último trecho do discurso de Aristóteles, António Caeiro esclarece que “não há decisão sem deliberação. A decisão é a expressão autêntica e o culminar do processo de deliberação”.

<sup>1047</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Secção Criminal, de 25 de Maio de 2010 (Proc. n.º 28/05.4GHSTC.E1), relatado por João Manuel Monteiro Amaro (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 5-10-2012).

entendimento perfilhado pelo tribunal *a quo* que a condenou como co-autora de um crime de burla. São os seguintes os factos provados:

Funcionários da sociedade C, de que a arguida MM é sócia-gerente, contactaram por telefone RV e AV “informando-os de que tinham ganho um serviço de jantar” que teriam de levantar na sede da referida sociedade (n.º 1 da matéria de facto). Quando estes últimos se deslocaram à sede para aquele efeito, foram aliciados por dois empregados – os co-arguidos PB e RF – “a comprar um aparelho ortomagnético com vibromassagem e duas almofadas em látex, pelo preço de € 4.020,00, ao que os ofendidos acederam, após RF ter assegurado que a C iria abrir uma loja em Sines e asseguraria trabalho na mesma à ofendida RV”, que, assim, poderia pagar o crédito que as vítimas necessitariam para adquirir o dito aparelho (n.º 2 da matéria de facto). Após terem assinado diversos documentos que lhes foram apresentados pelo co-arguido RF, estando aí incluídos um contrato de mútuo realizado com a instituição bancária que financiaria a aquisição e “uma guia comprovativa da entrega do material acabado de vender e ainda não entregue”, os ofendidos saíram do estabelecimento tendo ficado acordado entre estes e os arguidos PB e RF que “a entrega dos artigos comprados, juntamente com o prémio, seria feita no decorrer da semana seguinte” (ns.º 3 a 8 da matéria de facto). Todavia, os ofendidos nunca receberam nenhum dos artigos adquiridos, apesar de terem reclamado a respectiva entrega e a instituição bancária acima mencionada adiantado a favor de C a importância monetária correspondente à venda não efectivada, importância esta que aquela instituição tem, entretanto, cobrado sem sucesso junto dos ofendidos que devem a totalidade das prestações mensais de € 83,75 cada a que se obrigaram (ns.º 11 a 15 da matéria de facto).

Na resposta que dá à questão respeitante à co-autoria suscitada pela recorrente MM, o TRE afirma:

“A grande questão que, neste aspecto ressalta do recurso interposto resume-se, bem vistas as coisas, à apreciação da seguinte passagem da motivação da decisão fáctica da sentença *sub judice*: ‘de toda a prova resulta evidente que os arguidos PB e RF actuaram em conformidade com um plano previamente traçado *do qual seria conhecedora e impulsionadora* a arguida MM, porquanto a mesma era, à data,

representante legal da C, única beneficiária com toda a actuação relatada<sup>1048</sup> (o “itálico” é nosso).

Está-se, pois, no domínio das presunções judiciais, sustentando-se que *in casu* “resulta das regras da experiência que a recorrente, sendo a beneficiária directa de uma dada actividade comercial, praticada com manifesto e gritante desrespeito pela lealdade e pela seriedade nos negócios, actividade essa que já tinha sido objecto de denúncias anteriores por ‘clientes’ lesados, e impulsionando a recorrente essa mesma actividade, *designadamente escolhendo e instruindo os seus trabalhadores*, é também a recorrente autora dos factos, por igual forma que o são os seus trabalhadores e nestes autos co-arguidos<sup>1049</sup> (o “itálico” é nosso).

Independentemente de se julgar ou não que a ilação feita pelo tribunal *ad quem* cumpre as exigências mínimas de segurança em matéria de prova no processo penal situando-se, assim, para além de toda a dúvida razoável, certo é que a actividade desenvolvida pela co-arguida MM não integra a execução do facto. Antes ela (MM) determina essa execução instruindo os seus trabalhadores sobre o respectivo *modus operandi*. Destarte e contrariamente ao decidido nas duas instâncias judiciais, a arguida MM não é co-autora de um crime de burla, mas quando muito instigadora desse delito praticado em co-autoria pelos arguidos PB e RF.

Portanto e como verificámos já em diversos outros acórdãos, atribui-se, também, neste aresto excessiva relevância à vertente subjectiva que se traduz em terem os arguidos actuado “todos de acordo com um plano previamente elaborado, em conjugação de esforços” (cfr. n.º 16 da matéria de facto), a expensas da caracterização objectiva da intervenção de cada agente no facto punível.

## 2.º Acórdão do TRE, de 19-1-2007 (Dano)<sup>1050</sup>

O Ministério Público que, na sua acusação, imputara aos dois arguidos a prática, em co-autoria, de um crime de dano, vem ele próprio, após o julgamento dos factos pelo tribunal de 1.ª instância, que confirma aquela imputação, recorrer

<sup>1048</sup> Acórdão do TRE, de 25-5-2010, II (“Fundamentação”), Apreciação do recurso, par. 1(I).

<sup>1049</sup> Acórdão do TRE, de 25-5-2010, II (“Fundamentação”), Apreciação do recurso, par. 1(I), *in fine*.

<sup>1050</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Secção Criminal, de 19 de Janeiro de 2007 (Proc. n.º 2121/06-1), relatado por António João Latas (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 6-10-2012).

desta decisão reclamando a absolvição dos condenados. A matéria de facto fixada pelo tribunal *a quo* dá-nos conta do seguinte:

Em virtude de o comportamento do ofendido C, que seguira frequentemente a arguida A, “fazendo-lhe esperas”, e o mesmo se verificando com o arguido B, estes dois outros indivíduos, “de comum acordo e em execução de plano por ambos elaborado”, dirigiram-se ao armazém de C e, vendo-o no interior do seu veículo ligeiro de mercadorias, a arguida A “bateu com os pés e as mãos no veículo” (ns.º 1 a 4 da matéria de facto). Num segundo momento e porque C “pôs em movimento o seu veículo” deslocando-se em direcção ao portão da quinta, o arguido B, ainda de acordo e em execução de o planeado por ele e a co-arguida A, empurrou o dito portão contra aquele veículo provocando-lhe estragos (ns.º 5 a 7 da matéria de facto).

Na impugnação que apresenta desta matéria de facto, o recorrente MP alega *i. a.* que “não foi produzida qualquer prova de que no primeiro momento a arguida tivesse causado qualquer destruição, dano, desfiguração ou não utilização na carrinha pertencente ao ofendido”, como “também não foi produzida qualquer prova de que no segundo momento a arguida se tivesse dirigido ao portão da quinta; que tivesse dado qualquer ordem ou tivesse exteriorizado qualquer combinação com o arguido para este ali se dirigir; que tivesse causado qualquer destruição, dano, desfiguração ou não utilização na carrinha pertencente ao ofendido...” (respectivamente, ns.º 2 e 3 das conclusões). Ou seja: se “no primeiro momento” não haverá co-autoria por parte da arguida A, dado ela não ter praticado qualquer acto de execução do crime de dano (cfr. art. 212.º, n.º 1, CP<sup>1051</sup>), o mesmo se verifica “no segundo momento”, mas, neste caso, também por falta de acordo com B, o único arguido a realizar actos de execução do referido crime (que o MP considera, entretanto, não puníveis, uma vez que, sendo o crime em causa um delito doloso, aqueles actos teriam sido praticados por negligência<sup>1052</sup>).

O recurso é considerado procedente na parte relativa à exclusão de responsabilidade penal da co-arguida A, provendo o TRE à correspondente

<sup>1051</sup> Diz o art. 212.º, n.º 1, CP: “Quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa alheia, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”.

<sup>1052</sup> “Tal prova suporta a afirmação de que o arguido praticou em concreto um crime de dano por negligência, não punível pelo nosso ordenamento jurídico-penal (v. art. 13.º do Código Penal), o que implica a absolvição do arguido do crime de dano pp pelo art. 212.º, n.º 1 que lhe foi imputado por falta do elemento subjectivo deste tipo legal de crime” (n.º 14 das conclusões).

alteração da decisão recorrida (cfr. art. 431.º, al. b), CPP). Convém, contudo, analisar em detalhe a fundamentação da apreciação que o tribunal *ad quem* faz sobre a seguinte questão: terá a arguida actuado “de comum acordo e em execução de plano gizado por ambos os arguidos, quando o arguido B agiu como descrito sob o n.º 6 da matéria de facto provada?”<sup>1053</sup>. Assim e depois de se afirmar:

*“A participação na execução do facto é elemento essencial da autoria no nosso ordenamento jurídico-penal”* - acrescentando-se, porém e em aparente contradição com o que se acaba de dizer: “embora não se exija que o agente se envolva directamente (...) em actos materiais directos de execução do crime” -, sustenta-se que “de acordo com a chamada teoria do domínio do facto, dominante também entre nós, basta que o agente actue segundo a divisão de tarefas previamente acordada ou conjuntamente executada (nos casos em que não há acordo prévio mas há consciência recíproca de colaboração), *detendo o domínio da sua função* (o chamado domínio funcional do facto), *tal como a mesma é definida no plano ou resulta da actuação conjunta, colaborante*”<sup>1054</sup> (os “*itálicos*” são nossos).

Destarte, não nos surpreende que o tribunal de recurso conclua pela inexistência *in casu* de co-autoria por parte da arguida A, fundamentalmente porque “da audição da gravação dos depoimentos das três testemunhas de acusação (e da respectiva transcrição, realizada na motivação de recurso do MP) resulta (...) que nenhuma delas faz qualquer relato de onde possa concluir-se *ter existido acordo prévio dos arguidos ou concertação entre eles no momento dos factos*, com vista a estragarem, destruírem ou inutilizarem bens do ofendido, nomeadamente o seu veículo, ou, ainda mais concretamente, tendo em vista a utilização do portão da quinta com tal objectivo”<sup>1055</sup> (o “*itálico*” é nosso).

Em suma: desconsidera-se o facto de que a arguida A não intervém na execução empurrando o portão contra o veículo para se atender unicamente como fundamento da exclusão da co-autoria à inexistência de acordo. Quando, por outro lado, a simples presença da arguida A - que mantinha uma relação de namoro com

---

<sup>1053</sup> Acórdão do TRE, de 19-1-2007, II (“Fundamentação”), par. 3/I-A(2). De acordo com o n.º 6 da matéria de facto, “o arguido B (...) deslocou-se para o portão da quinta empurrando-o contra o veículo, pelo que este foi embater com a parte lateral direita no dito portão”.

<sup>1054</sup> Acórdão do TRE, de 19-1-2007, II (“Fundamentação”), par. 3/I-A(2a).

<sup>1055</sup> Acórdão do TRE, de 19-1-2007, II (“Fundamentação”), par. 3/I-A(2b).

o co-arguido B<sup>1056</sup> - ao lado deste último, no local do crime, deveria ter suscitado a questão (que o TRE nem sequer formula) da sua participação como cúmplice, sob a forma de “conforto” ou “auxílio moral” prestado à acção levada a cabo pelo único autor (cfr. art. 27.º, n.º 1, 2.ª alternativa, CP).

### 3.º Acórdão do TRE, de 18-4-2006 (Tráfico de estupefacientes)<sup>1057</sup>

Está em causa no presente aresto a prática, em co-autoria, de um crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo art. 21.º, n.º 1, Dec-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro<sup>1058</sup>, em virtude da “detenção ilícita” por parte de dois indivíduos de um saco contendo heroína e cocaína. Assim, diz-se no n.º 2 da matéria de facto que, no momento em que foram abordados por agentes da GNR, “os *arguidos* traziam, consigo, um saco de plástico de cor azul com os dizeres ‘Seaside’”. Acrescenta-se ainda: “Os arguidos *pretendiam* vender a heroína e a cocaína a toxicodependentes por um preço superior àquele por que a haviam adquirido, assim realizando mais valias” (n.º 6 da matéria de facto).

No recurso que interpõe da decisão do tribunal de 1.ª instância, que o condenou como co-autor do referido crime na pena de 9 anos de prisão, um dos arguidos vem a alegar, entre outras coisas, “que não ficou provado que o ora recorrente **detivesse, vendesse, transportasse** o produto estupefaciente apreendido” [alínea i) das conclusões]. Diz-nos o tribunal *a quo*, na fundamentação que apresenta da sua decisão em matéria de facto, que “quanto à detenção desses produtos pelos arguidos (*por ambos*) foi determinante o depoimento dos militares da GNR que foram inquiridos: F e R falaram, com muita credibilidade e segurança, quanto ao modo como tudo se passou (falando da, *tão importante para formar a convicção*, reacção dos arguidos à acção daqueles militares)<sup>1059</sup>” (os “itálicos” são nossos). Finalmente, o TRE, na apreciação que faz desta questão, sustenta: “Por fim, afirma o recorrente (**várias e repetidas conclusões**) que não **detinha o**

<sup>1056</sup> De acordo com o n.º 14 da matéria de facto, “o arguido B é viúvo e vive em casa própria, ajudando também a arguida, com quem mantém uma relação de namoro, com géneros alimentícios e por vezes pagando-lhe o gaz e a luz”.

<sup>1057</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Secção Criminal, de 18 de Abril de 2006 (Proc. n.º 319/06-1), relatado por Domingos Duarte (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); consultado em 8-10-2012).

<sup>1058</sup> Vide nota de rodapé n.º 25.

<sup>1059</sup> Acórdão do TRE, de 18-4-2006, VII.



estupefaciente, procurando consubstanciar a sua afirmação com o conceito civilístico de ‘detenção’. Não tem qualquer sentido a afirmação feita. O crime em apreço *foi imputado em co-autoria* aos arguidos e pelo mesmo, *nessa forma de participação*, foram julgados e condenados. Se é verdade que o facto provado sob o n.º 2 poderia ter tido uma redacção mais consentânea com a prova produzida, isto é, *devia ter sido mais preciso*, a forma como foi redigido não a extravasa e é contextualmente perceptível<sup>1060</sup>, (os “itálicos” são nossos).

Diz-se que detém algo quem exerce sobre uma coisa corpórea um poder de facto. É o civilisticamente chamado “possuidor precário” (cfr. art. 1253.º, CC), relevando aí somente a dimensão objectiva da posse. Todavia e num direito penal do facto, devemos ser ainda mais exigentes na determinação do conteúdo de sentido da expressão “detiver” inscrita no tipo objectivo do crime de tráfico de estupefacientes: esta forma de actuação constitui apenas uma das várias modalidades de execução do referido delito, estando o intérprete, a nosso ver, obrigado a definir e delimitar rigorosamente (restritivamente) essas diversas modalidades de actuação, sob pena de se alargar ainda mais o âmbito de punibilidade da infracção em causa. Destarte, somos de opinião que só deve ser considerado para este efeito “detentor” a pessoa que, não apenas tem a coisa consigo, como é “dona” do seu destino, em termos de poder decidir sobre os actos futuros que venham a tê-la como objecto. Destarte, se alguém detém a droga a pedido de outrem, que é o seu verdadeiro “proprietário”, não pratica o crime de tráfico de estupefacientes a título de autor, sendo unicamente cúmplice.

Acresce que *in casu* a 1.ª instância limita-se a uma imputação genérica aos arguidos da detenção da droga apreendida, não especificando qual deles transporta o saco que a contém. Querer - como parece ser a intenção do tribunal *a quo* - estender a prática desse acto a ambos porque os dois arguidos conheciam o conteúdo do dito saco, tendo, conseqüentemente, actuado em co-autoria, significa reduzir *contra legem* aquela forma particular de intervenção criminosa à sua componente subjectiva.

Tudo visto, deveria o TRE ter julgado procedente o recurso interposto por um dos co-arguidos em virtude da decisão recorrida evidenciar em si mesma o vício de “a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”, determinando,

---

<sup>1060</sup> Acórdão do TRE, de 18-4-2006, IX.

consequentemente, o reenvio do processo para novo julgamento (cfr., respectivamente, arts. 410.º, n.º 2, al. a) e 426.º, n.º 1, ambos do CPP). Tanto mais que a sanção penal aplicada pelo tribunal *a quo* (que, é certo, o tribunal de recurso reduz em 3 anos) se revela particularmente gravosa: 9 anos de pena de prisão para cada um dos arguidos!

### II.3.2. Síntese crítica

Ainda que não se possa, em verdadeiro rigor, afirmar que a cada Relação corresponde um entendimento próprio da autoria em direito penal, parece-nos possível evidenciar no que respeita à respectiva jurisprudência determinadas tendências dominantes. Assim,

#### Tribunal da Relação de Lisboa

Nos Acórdãos que analisámos – todos eles referentes à co-autoria – há um opção clara pela teoria do domínio do facto. Todavia, faz-se desta teoria uma interpretação que conduz, na prática, a um conceito alargado de autoria, na medida em que se elege a “essencialidade” da respectiva actuação como critério decisivo. Acontece, porém, que este critério adequa-se melhor a uma concepção causal de autoria do que a uma teoria que só reconhece o domínio do facto – isto é, a qualidade de autor – a quem possa determinar o *se* e o *como* da realização típica<sup>1061</sup>. Desvaloriza-se, destarte, o peso e significado objectivos da concreta contribuição de cada agente para a produção do resultado criminoso, chegando-se até, num determinado caso, a ignorar, por completo, essa dimensão objectiva em violação manifesta do princípio da tipicidade<sup>1062</sup>.

#### Tribunal da Relação do Porto

<sup>1061</sup> Vide, por exemplo, Acórdão do TRL, de 30-6-2011, e Acórdão do TRL, de 19-11-2008.

<sup>1062</sup> Vide Acórdão do TRL, de 13-7-2005.

Afora algumas incorrecções de carácter dogmático, sustenta-se nas decisões anotadas a mesma interpretação objectivo-causal da instigação que sustentamos<sup>1063</sup>. Por outro lado, também este tribunal superior se funda no critério de a “essencialidade” para alargar *contra legem* o sentido e alcance normativos de a “co-autoria” a quem não pratica qualquer acto de execução<sup>1064</sup>.

#### Tribunal da Relação de Coimbra

Nos Acórdãos prolatados por este tribunal superior, prevalece uma compreensão alargada da co-autoria, que umas vezes nos remete, sobretudo, para a respectiva vertente subjectiva (acordo)<sup>1065</sup>, doutras vezes para um critério objectivo-causal de “necessidade” (ou “essencialidade”) da actuação do agente sindicado tendo em vista a produção do resultado típico<sup>1066</sup>. É, porém, exemplar a atenção dispensada pelo tribunal *a quo* à actuação objectiva de dois dos acusados na situação de vida apreciada no Acórdão do TRC, de 11-5-2011, que permite àquele tribunal individualizar a respectiva responsabilidade criminal por factos que o MP imputara, indistintamente, a ambos, a título de co-autoria.

#### Tribunal da Relação de Guimarães

Não obstante alicerçar a “instigação” na *necessidade causal* da actuação do respectivo agente por referência à acção típica levada a cabo pelo autor imediato<sup>1067</sup>, o TRG acaba por confundi-la, dogmaticamente, com a “autoria mediata” imputando àquela a característica de *instrumentalidade* que é própria desta última<sup>1068</sup>. Sublinha-se, entretanto, a importância que este tribunal superior atribui à “questão-de-facto” em direito penal, mais concretamente no seu aresto de 11-11-2010.

#### Tribunal da Relação de Évora

---

<sup>1063</sup> Vide, por exemplo, Acórdão do TRP, de 8-2-2006.

<sup>1064</sup> Vide, por exemplo, Acórdão do TRP, de 12-1-2011.

<sup>1065</sup> Vide, por exemplo, Acórdão do TRC, de 12-10-2011.

<sup>1066</sup> Vide, por exemplo, Acórdão do TRC, de 29-9-2010.

<sup>1067</sup> Vide Acórdão do TRG, de 15-12-2009.

<sup>1068</sup> Vide Acórdão do TRG, de 18-9-2006.

Dos Acórdãos investigados ressalta, claramente, a importância prática atribuída à vertente subjectiva da co-autoria na afirmação da concreta existência<sup>1069</sup> ou não<sup>1070</sup> desta forma particular de intervenção criminosa. Desconsidera-se, destarte, a respectiva dimensão objectiva, circunstância esta que, no aresto de 18-4-2006, conduz a uma caracterização, manifestamente, insuficiente da actuação objectiva dos co-arguidos em desrespeito de o princípio da tipicidade.

Resumindo, poderemos dizer que as Relações reproduzem nas suas decisões muitos dos vícios que sublinháramos já na análise crítica feita à jurisprudência do STJ, parecendo-nos que alguns deles podem encontrar alguma justificação no conteúdo, conceptual-normativamente, ambíguo do artigo 26.º, CP, diversamente de outros que representam, a nosso ver, uma interpretação, ao menos, *praeter legem* desse conteúdo preceptivo.

Impõe-se, assim, que confrontemos, em sede de “conclusões”, estas observações críticas - que têm como destinatários, num primeiro momento, o próprio legislador e, num segundo momento, os nossos tribunais superiores – com as exigências dogmático-práticas ou metodológicas do princípio da legalidade em direito penal.

---

<sup>1069</sup> Vide Acórdão do TRE, de 25-5-2010.

<sup>1070</sup> Vide Acórdão do TRE, de 19-1-2007.

## **CONCLUSÕES**



## I

### O princípio da legalidade criminal e o artigo 26.º do Código Penal

Autor é antes do mais quem executa de mão própria a conduta que realiza um dos ilícitos típicos previstos na parte especial. Todavia e por razões de justiça material, o artigo 26.º, CP, vem a alargar essa qualidade a outros agentes que ou executam apenas parcialmente o facto (co-autor) ou se servem de outrem para executá-lo (autor mediato) ou ainda determinam um terceiro que é, também, autor (instigador).

Trata-se, portanto, de uma norma de extensão da tipicidade cujo sentido e alcance devem ser, rigorosamente, delimitados, sob pena de se antecipar, excessivamente, a tutela penal, a expensas dos direitos e liberdades individuais (*maxime*, direito à liberdade<sup>1071</sup>). É certo que esta preocupação de contenção das “fronteiras” da punibilidade pode ser facilmente iludida como acontece hoje cada vez com maior frequência em obediência aos ditames de uma ciência juspenal político-criminalmente funcionalizada. Servem de exemplo as normas jurídico-criminais que estendem a autoria a agentes que praticam actos materialmente preparatórios e/ou de mera cumplicidade, como é o caso dos artigos sobre “organizações terroristas” (art. 2.º, ns.º 2, 3 e 4, da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto<sup>1072</sup>), “tráfico e outras actividades ilícitas” (art. 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º

---

<sup>1071</sup> Está em causa o direito à liberdade especialmente consagrado no artigo 27.º, CRP, liberdade esta que diz respeito à possibilidade física de “se movimentar e circular sem estar confinado a um determinado local” (a prisão). Distinta, pois, da privação de liberdade é a mera limitação de liberdade (cfr. art. 44.º, CRP), que “existe quando alguém é impedido, contra a sua vontade, de aceder a um certo local que lhe seria jurídica e facticamente acessível ou de permanecer num certo espaço” (*vide* Acórdão do TC n.º 479/94, de 7 de Julho, Parte V, par. 6; disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>1072</sup> Segundo o art. 2.º, ns.º 2 a 4, Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, “**2.** Quem *promover* ou *fundar* grupo, organização ou associação terrorista, a eles *aderir* ou os *apoiar*, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais, ou através de qualquer forma de financiamento das suas actividades, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos. **3.** Quem *chefiar* ou *dirigir* grupo,

15/93, de 22 de Janeiro<sup>1073</sup>), “tirada de presos” (art. 349.º, CP<sup>1074</sup>) ou “abuso de informação” (art. 378.º, n.º 1, do Código dos Valores Mobiliários<sup>1075</sup>).

De qualquer modo e por referência à generalidade dos tipos legais de crime da parte especial<sup>1076</sup>, impõe-se verificar se, por um lado, a nossa lei penal sobre autoria cumpre as exigências de certeza ou determinabilidade ínsitas no princípio de legalidade criminal e, por outro, as decisões judiciais respeitam o conteúdo de sentido normativo que essa mesma lei evidencia. Procuraremos, assim e em jeito de conclusão, avaliar, criticamente, “os limites de punibilidade em sede de autoria”, tanto numa perspectiva abstracta e partindo da interpretação que subscrevemos do respectivo preceito juspenal<sup>1077</sup>, como de um ponto de vista concreto e alicerçado na análise que desenvolvemos sobre a jurisprudência mais recente dos nossos tribunais superiores<sup>1078</sup>.

### I.1. O legislador e a determinabilidade da lei penal

Subjacente a uma norma de natureza dogmática como é o artigo 26.º, CP, deve haver uma certa e determinada concepção doutrinária. A falta dessa concepção ou a sua ambiguidade prejudica, em definitivo, a determinabilidade do respectivo texto legal. Assim e no que respeita ao sobredito artigo, são duas as possibilidades de interpretação, a saber:

---

organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 15 a 20 anos. 4. Quem praticar *actos preparatórios* da constituição do grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos” (os “*itálicos*” são nossos).

<sup>1073</sup> Vide nota de rodapé n.º 25.

<sup>1074</sup> Estatui o art. 349.º, CP: “Quem **a**) por meio de violência, ameaça ou artifício, *libertar* pessoa legalmente privada da liberdade; ou **b**) *instigar, promover* ou, por qualquer forma, *auxiliar* a evasão de pessoa legalmente privada da liberdade; é punido com pena de prisão até cinco anos” (os “*itálicos*” são nossos).

<sup>1075</sup> De acordo com o art. 378.º, n.º 1, do Código dos Valores Mobiliários, “Quem disponha de informação privilegiada devido à sua qualidade de titular de um órgão de administração ou de fiscalização de um emitente ou de titular de uma participação no respectivo capital e a *transmita* a alguém fora do âmbito normal das suas funções ou, com base nessa informação, *negocie* ou *aconselhe* alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou *ordene* a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa” (os “*itálicos*” são nossos).

<sup>1076</sup> Sendo certo, porém, que nas situações legais excepcionais referidas em texto e noutras hipóteses idênticas, a aplicação de normas gerais – como a de autoria –, que se traduzem já numa extensão de tipicidade, aos casos subsumíveis naquelas regras anómalas contribui para uma antecipação ainda maior e, em verdadeiro rigor, inaceitável da tutela penal.

<sup>1077</sup> Vide Parte Segunda, capítulo III, pars. III.2. e III.3. da nossa investigação.

<sup>1078</sup> Vide Parte Terceira, capítulo II, pars. II.2. e II.3. da nossa investigação.



- respeitando a referida coerência doutrinária, admitir que as quatro alternativas aí consagradas são reconduzíveis à mesma concepção de autoria;
- sustentar que apenas três alternativas são subsumíveis na mesma concepção de autoria, sendo a quarta, em verdadeiro rigor, já uma forma particular de participação *stricto sensu*.

A primeira “leitura” que tem como representante principal Figueiredo Dias revela-se a mais conforme à letra da lei, mas obriga à aceitação de uma nova modalidade de domínio – “domínio da decisão” – que nos parece, ontologicamente, antinómica (não se pode ser livre para decidir e, simultaneamente, “escravo” de uma decisão alheia) e, consequentemente, imprestável para fundamentar a instigação que é autoria à luz da teoria do domínio do facto<sup>1079</sup>. A segunda corrente hermenêutica sufragada pela generalidade dos nossos penalistas desrespeita a nosso ver o teor literal do respectivo preceito legal sendo apenas admissível *de iure constituendo*.

Ora, se quisermos como se impõe em direito penal atender ao critério literal como limite da interpretação permitida, julgamos que não é possível deixar de considerar a instigação como forma particular de autoria, a par da autoria imediata, autoria mediata e co-autoria. Acontece, porém, que este conteúdo de sentido importa o sacrifício da unidade conceptual atrás referida, na medida em que nos remete para a confluência de duas ideias opostas sobre autoria: causal defendida por Eduardo Correia, cujo ProjPG constitui a fonte precípua da actual Parte Geral<sup>1080</sup>, e final subjacente à teoria do domínio do facto subscrita por Figueiredo Dias, que é um dos redactores principais do CP em vigor. É dizer que, destarte, teríamos de concluir – como, aliás, sustentamos - que a última teoria informa as três primeiras alternativas do artigo 26.º, reconduzindo-se a instigação à concepção causalista.

<sup>1079</sup> Vide Parte Segunda, capítulo III, par. III.2.2. da nossa investigação.

<sup>1080</sup> Veja-se no que respeita à instigação, a similitude da respectiva redacção legal no ProjPG (após a 1.ª revisão ministerial) comparativamente à incluída no CP em vigor. Assim, prescreve-se no referido Projecto: “Diz-se autor (...) ainda aquele que dolosamente induz outrem à prática do facto ilícito, *desde que haja execução ou começo de execução* do crime”. Também e segundo o CP, “É punível como autor (...) ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, *desde que haja execução ou começo de execução*”. Aliás e como sustentámos (Parte Segunda, capítulo II, par. II.3. da nossa investigação), a fórmula de Eduardo Correia conduz-nos, em verdadeiro rigor, a um conceito de instigação como forma particular de participação *stricto sensu* (acessoriedade qualitativa), consequência dogmática esta que não se verifica já na lei penal vigente, que consagra uma mera acessoriedade quantitativa.

Acresce que é ainda hoje esta segunda perspectiva que ilumina outros institutos jurídico-penais intimamente conexiados com a autoria, designadamente:

- definição da execução *ex vi* artigo 22.º, n.º 2, CP, assentando essa definição sobre critérios de causalidade, em particular no que respeita aos actos previstos, respectivamente, nas alíneas b) e c) do sobredito preceito;
- comparticipação em crimes especiais, estando implícita na regra estatuída pelo artigo 28.º, n.º 1, CP, que prevê a comunicabilidade a todos os participantes de certas qualidades pessoais respeitantes à ilicitude do facto, uma ideia geral de agente como causa do resultado típico (conceito unitário de autoria).

De qualquer modo, nunca será inócua a articulação entre estas duas concepções de autoria, sendo certo que uma delas (autor é quem domina o facto) aponta para uma compreensão restritiva que é próxima da proposta pela doutrina objectivo-formal de autoria, diversamente da outra (autor é quem dá causa ao facto) privilegiando uma compreensão extensiva ou até unitária da mesma realidade dogmática. Mais concretamente e no que respeita ao conteúdo de sentido da respectiva norma juspenal, aquela desintonia dogmática há-de, necessariamente, contribuir para uma acrescida indeterminabilidade semântica, ofensiva da exigência de certeza postulada pelo princípio da legalidade criminal.

Por outro lado e sendo este o quadro dogmático em que se inscreve a autoria em direito penal, ele constitui, também, um factor que favorece uma certa postura, particularmente, evidente na jurisprudência dos nossos tribunais superiores, postura essa que se traduz numa apreciação, tendencialmente, desigual de realidades fácticas idênticas servindo-se o poder judiciário um tanto discricionariamente de argumentos extraídos da doutrina causal ou da teoria do domínio do facto ou até de ambas as correntes doutrinárias.

## **I.2. Os tribunais e a reserva de lei formal da Assembleia da República**

São, sobretudo, dois os critérios dogmático-práticos que têm servido à fundamentação da apreciação feita pelos tribunais sobre a forma de participação *lato sensu* do agente no facto punível, a saber:

- numa perspectiva subjectiva, o acordo firmado entre os arguidos sintetizado na seguinte fórmula, reiteradamente, afirmada: *de comum acordo e em conjugação de esforços*;
- numa perspectiva objectiva, a *essencialidade* da actuação de cada agente tendo em vista a produção do resultado típico.

Todavia, em alguns arestos tudo se resume, praticamente, àquela vertente subjectiva, desvalorizando-se, assim, o peso e significado objectivos que a contribuição de cada agente tem para a realização do facto. Assim, casos há que são de instigação ou cumplicidade, mas o tribunal qualifica como co-autoria parificando todas e cada uma das intervenções criminosas.

Diversamente e quando para além do acordo se procura acentuar o carácter *essencial* de uma ou mais condutas distinguindo-as da(s) acessória(s), está-se, em verdadeiro rigor, a privilegiar uma concepção causal de comparticipação criminosa conducente a um conceito alargado de autoria.

Destarte, tanto numa hipótese como na outra, desrespeita-se a teoria de o domínio do facto, não obstante se afirmar que é ela que informa a disciplina legal vertida no artigo 26.º, CP (“autoria”): no primeiro caso, porque não se atribui a relevância que a lei prevê às relações de poder entre os diversos agentes conducentes a formas particulares e distintas de participação criminosa em sentido amplo; no segundo, na medida em que se reconhece como co-autor quem, não tomando parte directa na execução (conforme a lei, expressamente, determina), não detém, assim, o domínio – não apenas negativo – mas, também, positivo do facto.

Portanto e se, por um lado, os nossos tribunais têm vindo a concretizar de modo, cientificamente, menos correcto as posições dogmáticas assumidas pela teoria do domínio do facto, mais significativo será, por outro lado, concluir que as respectivas decisões se afirmam senão *contra*, ao menos, *praeter legem*. Ou seja: o poder judiciário, nesta área, particularmente, sensível do direito penal, tem adoptado uma posição excessivamente casuística ou subjectivista, que é, nalgumas situações *sub judice*, irrelevante em termos de pena abstracta, noutras *contra reo*.

Ora, a Constituição é clara quando, não somente determina, em geral, que “os tribunais (...) apenas estão sujeitos à lei” (cfr. art. 203.º, CP), mas estipula, em especial: “É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as

seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: (...) definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como processo criminal” (cfr. art. 165.º, n.º 1, al. c), CRP). Estando, assim, criada em matéria penal a chamada “reserva de lei formal da AR”, parece-nos que toda e qualquer interpretação jurisdicional de uma norma juspenal não permitida pelo respectivo conteúdo de sentido normativo será inconstitucional, desde logo por violação do princípio da legalidade criminal, na dimensão de “reserva de lei formal”. Senão vejamos.

Se a decisão judiciária em si mesma é constitucionalmente insidicável, já a respectiva fundamentação de direito que se corporiza num determinado entendimento da norma aplicável *in casu* não o é<sup>1081</sup>. Efectivamente, este entendimento possui carácter normativo, na medida em que deve valer, não apenas para a concreta situação *sub judicio*, mas, igualmente, para todas as outras que apresentem idênticas “propriedades”, juridicamente, relevantes. Neste sentido, Bulygin afirma:

“A sentença é uma entidade complexa, incluindo duas partes: os ‘considerandos’ e a parte resolutiva ou dispositiva. A parte resolutiva na qual o juiz condena o acusado a tantos anos de prisão (...) é uma norma individual, mas esta norma individual é precedida pelos ‘considerandos’ em que o juiz justifica ou fundamenta a sua decisão (...). Os ‘considerandos’ são parte da sentença e uma parte muito essencial. (...) Uma sentença desprovida de fundamento é uma sentença arbitrária, sujeita a anulação ou revogação<sup>1082</sup>”.

Logo e no que, agora, nos interessa, sempre que um qualquer órgão judiciário – decidindo – emana nos “considerandos” uma norma ou interpretação normativa, materialmente, desconforme com o preceito juspenal que serve de fundamento (*ratio legis*) àquela decisão<sup>1083</sup>, “invade” a esfera de competência legislativa exclusiva da AR e, conseqüentemente, o “espaço” constitucional de

<sup>1081</sup> Vide nota de rodapé n.º 520.

<sup>1082</sup> Citado em português a partir de BULYGIN, Eugenio. “Creación y aplicación del derecho”, em ATRIA, F.; BULYGIN, E.; JUAN MORENO, J.; E. NAVARRO, P.; L. RODRÍGUEZ, J.; RUIZ MANERO, J. *Lagunas en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 33.

<sup>1083</sup> É o que se verifica quando a interpretação subscrita pelo tribunal desrespeita o “sentido literal possível” da norma juspenal a aplicar (*vide* Parte Primeira, capítulo II, par. II.2.3. da nossa investigação)

reserva de lei formal, que é – como dissemos – uma dimensão particular do princípio *nullum crimen*.



## II

### Esboço de uma possível revisão da nossa lei penal em sede de autoria

Tendo nós sustentado em diversas partes do presente estudo que o conteúdo de sentido do artigo 26.º, CP, se apresenta, conceptualmente, ambíguo, circunstância esta que prejudica, sobremaneira, a certeza ou determinabilidade daquele preceito juspenal<sup>1084</sup>, justificar-se-á que apresentemos, neste último capítulo da nossa investigação, uma proposta de alteração legislativa mais conforme com a interpretação restritiva que fazemos da teoria do domínio do facto (*maxime*, em sede de co-autoria).

#### II.1. Execução

Sendo a execução um conceito-chave no âmbito da teoria do domínio do facto, de tal sorte que a nosso ver não pode dominar o facto quem, ao menos, não inicia a respectiva execução, julgamos que aquele conceito deve reflectir a unidade objectiva-subjectiva que é o *corpus* desta concepção de autoria. Daí entendermos ser imprescindível que o artigo sobre essa fase do *iter criminis* inclua uma referência expressa ao plano do agente, designadamente no que respeita aos actos incoactivos.

Neste sentido, tendo o “agente da retaguarda” estabelecido mediante a sua intervenção “instrumentalizante” expressa no respectivo plano criminoso todas as condições conducentes à prática do delito, o acto final dessa intervenção mediata deve ser considerado executivo.

---

<sup>1084</sup> Não se deve ignorar que, visando a interpretação da lei a reconstrução do pensamento originário ou actual do respectivo autor (legislador), este pensamento é, por definição, ideograficamente retratável. Assim, a coexistência nele de ideias ou conceitos não conciliáveis afecta, necessariamente, a sua certeza ou determinabilidade.

Por outro lado, não julgamos necessário que deva existir uma conexão temporal estreita entre a referida intervenção “instrumentalizante” e a actuação do agente imediato. É que o executor – privado que está do pleno controlo da acção típica – pouco mais é do que uma “arma” nas mãos do “homem-de-trás” pronta a “disparar” mais cedo ou mais tarde. Dito de outro modo: a conduta do executor - na medida em que não é livre ou é “cega” ou “fungível” – não constitui já e desde sempre, em si mesma, um entrave suficiente à ofensa por parte do agente mediato do bem jurídico-penal concretamente protegido. Veja-se o seguinte exemplo:

**A**, proprietário da sala onde se realizará dentro de quinze dias a assembleia geral de uma empresa, dá instruções a **B**, seu empregado e que tem uma confiança cega no patrão, no sentido de que seja ele – e mais ninguém – a acionar imediatamente antes do início da assembleia o sistema de som que permitirá aos accionistas escutar as diversas intervenções a cargo dos membros da mesa. **B** ignora, porém, que **A** preparara um sofisticado engenho explosivo conectado à aparelhagem sonora que detonará meia-hora após o “começo dos trabalhos” causando a morte do Presidente do executivo que estará a falar nessa altura. *Quid iuris* se o plano criminoso for descoberto antes do evento faltando ainda um certo número de dias para a realização da assembleia? Será que a resposta deve ser diferente na hipótese do engenho explosivo ser “desarmado” faltando apenas poucos minutos para a intervenção do Presidente? Julgamos que não, devendo em ambos os casos **A** ser condenado como autor mediato de um crime de homicídio, na forma tentada.

Assim e em substituição do previsto no artigo 22.º, n.º 2, CP, propomos a seguinte definição de execução:



ARTIGO....

**(Execução)**

Para além daqueles actos que se inscrevem na descrição típica de um crime ou dela, substantivamente, fazem parte, são ainda actos de execução os que, tendo em consideração as circunstâncias externas e o plano do agente, forem de natureza a fazer esperar que, mais ou menos imediatamente, se lhes sigam actos de qualquer uma das duas espécies anteriores.

**II.2. Autoria e Instigação**

Conforme afirmámos, o conceito central de autoria é-nos dado pela teoria objectivo-formal: autor é quem executa de mão própria o ilícito típico previsto na parte especial. Simultaneamente, assinalámos, também, que esta concepção restritiva se pode converter num conceito alargado ou até unitário de autoria bastando para tanto que o legislador ao arrempio das regras da parte geral atribua ao agente no respectivo tipo legal de crime a prática de actos que são, materialmente, preparatórios e/ou de cumplicidade. Técnica legislativa esta que - como recordámos - é hoje cada vez mais frequente num quadro científico que se tem revelado dominante de um direito penal posto ao serviço das exigências - mais ou menos conjunturais - de política criminal.

Em todo caso e mantendo-nos fiel ao paradigma de o Estado de direito constitucionalmente consagrado, sustentamos que será a teoria do domínio do facto - na compreensão restritiva que fazemos dela - a que cumpre melhor, não apenas os ditames de justiça material que derivam do respeito pela dignidade da pessoa humana, como os postulados do princípio da proporcionalidade *lato sensu* (cfr. art. 18.º, CRP).

Isto posto sugerimos que os artigos respeitantes à comparticipação criminosa passem a ter a seguinte redacção:

ARTIGO...

**(Autoria)**

1. É autor quem executa ou, ao menos, inicia a execução do facto sob uma das seguintes formas:
  - a) realizando a conduta que preenche os elementos constitutivos do respectivo tipo de crime;
  - b) instrumentalizando outrem que pratica actos de execução de um crime;
  - c) tomando parte directa, por acordo e conjuntamente com outro ou outros, na execução de um crime mediante a prática de um ou mais actos conducentes à respectiva consumação.

ARTIGO...

**(Instigação)**

1. É instigador quem, directa ou indirectamente, determinar outra pessoa à prática de um ilícito típico.
2. É aplicável ao instigador a pena fixada para o autor.
3. A tentativa é punível.

**II.3. Cumplicidade**

Porque só existe co-autoria tendo o respectivo agente o domínio positivo e negativo do facto, em termos de se poder afirmar, como postula a teoria do domínio do facto, que aquele agente determina o *se* e o *como* da realização típica, julgamos ser conveniente, por razões de justiça material, considerar no âmbito da cumplicidade certas outras hipóteses em que o partícipe, não tendo o domínio

positivo do facto mas contribuindo, decisivamente, para a sua realização, deva ser punido com a pena fixada para o autor, caso o juiz não entenda que as concretas circunstâncias da situação *sub judice* justificam a sua atenuação especial. Está em causa a conduta criminosa prevista no artigo 20.º, n.º 5, do Código Penal de 1886<sup>1085</sup>, que é, de algum modo, equivalente à de a “cooperação necessária” inscrita no artigo 28.º, alínea b), do Código Penal espanhol em vigor: “Os que cooperam na sua execução com um acto sem o qual o facto não se teria verificado”.

Sobre o “cooperador necessário”, diz-nos García Conlledo: “Nenhum cooperador necessário é autor em sentido estrito, actue ou não por acordo e actue ou não na fase de execução, pois o cooperador necessário, ao fim e ao cabo, detém um domínio negativo do facto, insuficiente para fundamentar a autoria propriamente dita<sup>1086</sup>”. Sirva de exemplo a seguinte situação:

**A**, que possui uma capacidade inventiva rara e uma habilidade especial e praticamente única para concretizar os respectivos projectos, desenha e constrói a pedido de **B** um engenho, extremamente, sofisticado e com grande potencial destruidor, sabendo que este último irá utilizá-lo para matar um número elevado de pessoas, o que vem, efectivamente, a acontecer. *Quid iuris?* Não possuindo **A** o domínio ou (co)domínio do facto nem tendo “determinado” a sua execução (instigador), só poderá ser condenado como cúmplice aplicando-se-lhe a pena fixada para o autor, especialmente atenuada (cfr. art. 27.º, n.º 2, CP). Solução esta que nos parece a todos os títulos insuficiente face à gravidade da conduta do projectista: afinal, se não fosse ele, dificilmente **B** teria realizado, plenamente, o seu objectivo criminoso. Assim, parece-nos que se justifica distinguir no âmbito da cumplicidade esta e outras situações idênticas<sup>1087</sup> das restantes, nos seguintes termos:

---

<sup>1085</sup> Vide o que se diz acima sobre a autoria no Código Penal de 1886 (Parte Segunda, capítulo I, par. I.2.1. da nossa investigação).

<sup>1086</sup> GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y. *La autoría en derecho penal*. cit., pp. 743 e s.

<sup>1087</sup> A respeito destas situações da vida em que a intervenção do partícipe assume um relevo decisivo para a prática do facto a cargo do autor material, diz-nos Gimbernat Ordeig que essa importância particular assenta numa ideia de escassez da coisa entregue ou prestação efectuada, em termos de o executor não poder prescindir facilmente desse aporte tendo em vista a consumação do resultado típico. Destarte, não estará em causa um juízo (hipotético) de necessidade (se o juiz suprimindo *in mente* a atividade de o cooperador concluir que o crime não se verificaria, então a respectiva intervenção será necessária), mas, sim, uma avaliação objectiva, em larga medida determinada por factores gerais: “A maioria das pessoas não dispõe de bens escassos (...) precisamente porque são escassos” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. cit., p. 136); e mais adiante: “Por regra pode dizer-se que o particular encontra sérias dificuldades em conseguir que outra pessoa o auxilie com uma conduta claramente criminal; por isso, aquele que colabora

## ARTIGO....

### (Cumplicidade)

1. É cúmplice
  - a) Quem, dolosamente, prestar colaboração à prática por outrem de um ilícito típico sem a qual este não se teria realizado;
  - b) Quem, dolosamente e por qualquer outra forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um ilícito típico.
2. É aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, podendo esta ser especialmente atenuada nos casos previstos na alínea a) do número anterior, mas devendo sê-lo nos casos previstos na alínea b) do mesmo número.

Em todo o caso e diferentemente do co-autor, qualquer cúmplice só será punido caso o autor pratique um facto tipicamente ilícito (acessoriedade limitada). Também a tentativa de cumplicidade - ao contrário do que se verifica com a instigação que se beneficia, todavia, da regra de acessoriedade limitada – não é punível.

---

através de um comportamento desse tipo, resolve-lhe um problema que de outro modo seria de solução difícil; consequentemente, esta colaboração, se condicionante do resultado, é, geralmente, cooperação necessária” (*ibidem*, p. 149); concluindo: “Sanciona-se a cooperação necessária com a mesma pena prevista para a autoria em sentido estrito, precisamente porque ela pressupõe a remoção de um obstáculo sério à prática do crime” (*ibidem*, p. 150). Não cabendo na economia desta investigação a discussão de o conceito de cumplicidade, diremos apenas o seguinte: em nossa opinião, preferimos como critério desta forma particular de participação criminosa a ideia de “domínio negativo do facto” que – como afirmámos já – não consideramos verdadeiro domínio. Assim, mais do que “escassa” a acção deste partícipe deve ser especialmente relevante para a prática do facto, em termos de se poder afirmar num juízo *ex ante* que se aquela não se realizar ou vier a interromper-se o crime não se perpetrará, e isto não obstante a referida acção não integrar a execução. Sirvam de exemplo o caso descrito em texto ou o de o criado usado para exemplificar a hipótese prevista no art. 20.º, n.º 5, do Código Penal de 1886.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Ackerman**, Bruce. “El surgimento del constitucionalismo mundial”, em *Revista Criterio Jurídico*, n.º 6, 2006

“Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal – Parte Geral”, em *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, 1965

**Alexy**, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

**Andrade**, M. Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004

**Aristóteles**. *Ética a Nicómaco*. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. 2.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Quetzal Editores, 2006

**Beccaria**, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Tradução de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza Editorial, 1997 (1764)

**Beleza**, Teresa Pizarro. *Direito Penal – vol. I*. 2.<sup>a</sup> edição. Lisboa: aafdl, 1984

\_\_\_\_ *Direito Penal – vol. II (lições proferidas no ano lectivo de 1979/80)*. Lisboa: aafdl

\_\_\_\_ “Ilicitamente comparticipando”, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia – vol. III*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984

\_\_\_\_ “O mito da recuperação do delinquente no discurso punitivo do Código Penal de 1982”, em *Revista do Ministério Público*, vol. 16, ano 4.º

**Brito**, José Sousa. “A lei penal na Constituição”, em **Miranda**, Jorge (coord.). *Estudos sobre a Constituição – vol. II*. Lisboa: Petrony, 1978

**Bulygin**, Eugenio. “Creación y aplicación del derecho”, em **Atria**, F.; **Bulygin**, E.; **Juan Moreno**, J.; **E. Navarro**, P.; **L. Rodríguez**, J.; **Ruiz Manero**, J. *Lagunas en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005

**Caeiro**, Pedro. “Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia”, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, fasc. 2.º (Abril-Junho 1996)

**Canotilho**, J. J. Gomes; **Moreira**, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada – vol. I*. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

**Casanova**, Marco António. *Compreender Heidegger*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009

*Código Penal Portuguez: Relatório da Comissão – Tomo I*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1861

*Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Coimbra: “Casa do Juiz”

**Correia**, Eduardo. *Direito Criminal – Vol. I*. Colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2007

\_\_\_\_ *Direito Criminal – Vol. II*. Colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2007

\_\_\_\_ *A teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1996

\_\_\_\_ “Introdução ao projecto do Código Penal”, em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 127, Junho 1963

**Costa**, António Manuel Almeida. “Artigo 262.º”, em **Dias**, Jorge Figueiredo (org.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial (Tomo II)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999

**Costa**, José de Faria. “Artigo 203.º - Furto”, em **Dias**, Jorge de Figueiredo (org.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial (Tomo II)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999

**Delmas-Marty**, Mireille. “Le droit penal comme éthique de la mondialisation”, em *Cahiers de defense sociale*, ns.º 34-35, ano 2007-2008

**Dias**, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I*. 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

\_\_\_ “Para uma dogmática do direito penal secundário”, em *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários – vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998

\_\_\_ *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

\_\_\_ “Associação criminosa”, em **Dias**, Jorge Figueiredo (org.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial (Tomo II)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999

**Dias**, Jorge de Figueiredo; **Costa**, António M. Almeida. “La réforme pénale portugaise”, em *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Janeiro 1985

**Engisch**, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008

**Eser**, Albin. “Responsabilidade penal individual”, em **Ambos**, Kai (org.). *O direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Tradução de Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005

**Ferrajoli**, Luigi. “Garantismo e direito penal”, em *Revista Julgar*, número especial, 2008

**Ferrão**, F. da Silva. *Theoria do Direito Penal – vol. I*. Lisboa: Typographia Universal, 1856

**Ferreira**, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – Parte Geral, Tomo I*. 4.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina, 2010

\_\_\_\_ *Da participação criminosa*. Lisboa: Oficinas Gráficas, 1934

\_\_\_\_ *Curso de Processo Penal – vol. II*. Lisboa: Editora Danúbio, 1986

**Gaspar**, António Henriques. “A influência da CEDH no diálogo interjurisdiccional”, em *Revista Julgar*, n.º 7, 2009

**García Conlledo**, Miguel Díaz. *La autoría en derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991

\_\_\_\_ “Coautoría alternativa y coautoría aditiva: autoría o participación?”, em *Política criminal y nuevo derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997

**Gimbernat Ordeig**, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Montevideo: B de f, 2006

**Grasso**, Giovanni. “La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y su repercusión en los sistemas penales de los Estados miembros”, em **Arroyo Zapatero**, Luis; **Tiedmann**, Klaus (orgs.). *Estudios de derecho penal económico*. Cuenca: Ed. de la Universidad de Castilla-La-Mancha, 1994

**Hernández Plasencia**, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*. Granada: Comares, 1996



**Hespanha**, António Manuel. *História das Instituições, época medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982

\_\_\_ “O direito penal e o seu ensino (c. 1800 – c. 1910)”, em **Hespanha**, A. M.; **Silva**, Cristina Nogueira da (coords.). *Fontes para a história do direito penal em Portugal (c. 1800 – c. 1910)*. Lisboa: FDUNL, 2006

\_\_\_ *O caleidoscópio do direito*. 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina, 2009

**Jakobs**, Günther. *Derecho Penal (Parte General): Fundamentos y teoria de la imputación*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2.<sup>a</sup> edição. Madrid: Marcial Pons, 1997

\_\_\_ *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2003

**Jescheck**, H.; **Weigend**, T. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Camares, 2002

**Jordão**, Levy Maria. *Commentario ao Código Penal Portuguez – Tomo I*. Lisboa: Typographia de José Baptista Merando, 1853

**Kaufmann**, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 4.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010

**Kelsen**, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de J. Baptista Machado. 7.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina, 2008

**Kundera**, Milan. *A arte do romance*. Tradução de Luísa Feijó e Maria João Delgado. 2.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Dom Quixote, 2002

**Lamego**, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990

**Larenz**, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 5.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009

**Liszt**, Franz v. *Tratado de Derecho Penal – Tomo II*. Tradução de Luis Jiménez de Asúa. 4.<sup>a</sup> edição. Madrid: Editorial Reus, 2007 (1895)

**Miranda**, Jorge. *Manual de direito constitucional – Tomo II*. 6.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

\_\_\_\_ *Manual de direito constitucional – Tomo V*. 4.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010

**Moncada**, L. Cabral. *Filosofia do Direito e do Estado – vol. I*. 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2006 (1955)

**Monteiro**, Cristina Líbano. “O Código Penal de 1982 – subsídio para uma compreensão histórica da sua génese”, em *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, LXVIII, 1992

\_\_\_\_ “Desobediência”, em **Dias**, Jorge de Figueiredo (org.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial (Tomo III)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001

**Monteiro**, Henrique Salinas. *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999

\_\_\_\_ “O artigo 25.º do Estatuto de Roma. Primeiras notas”, em *Direito e Justiça*. Lisboa: Universidade Católica Editora, vol. especial, 2006

**Morales Prats**, Fermín. “Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Unión Europea: reflexiones a propósito del ‘Corpus Juris’”, em *Revista Penal*, n.º 3, 1999

**Morão**, Helena. *Da instigação em cadeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006

“Nota informativa sobre o projecto do Código Penal”, em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 127, Junho 1963

**Neves, A. Castanheira.** *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Lisboa: Wolters Kluwer, 2010

\_\_\_ “O princípio da legalidade criminal”, em **Neves, A. Castanheira.** *Digesta – vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995

\_\_\_ *Teoria do Direito (lições proferidas no ano lectivo de 1998/99)*. Coimbra (versão em fascículos)

\_\_\_ *Apontamentos complementares de teoria do direito (sumários e textos)*. Coimbra (versão em fascículos)

\_\_\_ *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967

\_\_\_ “O princípio da legalidade criminal”, em **Neves, A. Castanheira.** *Digesta – vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995

\_\_\_ “O funcionalismo jurídico”, em **Neves, A. Castanheira.** *Digesta – vol. III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008

**Olásolo, Hector.** “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”, em *Derecho penal contemporâneo*, n.º 27, ano 2009

**Palma, Maria Fernanda.** “Do sentido histórico do ensino do direito penal na universidade portuguesa à actual questão metodológica”, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 9 – Fasc. 3.º (julho-setembro 1999). Coimbra: Coimbra Editora

\_\_\_ “O legislador negativo e o intérprete da Constituição”, em *O Direito*, n.º 140, 2008

\_\_\_ *Da “tentativa possível” em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2006

**Pereira, Maria Margarida Silva.** “A comparticipação criminosa depois do Código Penal de 1982: um regime intocado pelas revisões legislativas”, em **Andrade, M. Costa et aliteri** (coords.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias – vol. II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009

**Pereira, Rui.** “A descriminação do consumo de droga”, em **Andrade, M. Costa et aliteri** (orgs.). *Liber discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

**Pinto**, Basílio Sousa. *Lições de Direito Criminal Portuguez*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1861

**Pires**, Alvaro. “Codification et reformes pénales”, em **Mucchielli**, Laurent; **Robert**, Philippe (coords.). *Crime et sécurité. L'état des savoirs*. Paris: Éditions la Découverte, 2002

“Projecto de Código Penal: Parte Geral (1.<sup>a</sup> Revisão Ministerial)”, em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 157, 1966

**Rodrigues**, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002

\_\_\_\_ *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008

**Roxin**, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2006

\_\_\_\_ *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000

\_\_\_\_ “Contribuição para a crítica da teoria finalista da acção”, em **Roxin**, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. 3.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Vega, 2004

\_\_\_\_ “Franz von Liszt e a concepção político-criminal do projecto alternativo”, em **Roxin**, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. 3.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Vega, 2004

\_\_\_\_ “Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial”, em **Valdágua**, M. da Conceição (coord.). *Problemas fundamentais de direito penal: colóquio internacional de direito penal em homenagem a Claus Roxin*. Tradução de Augusto da Silva Dias. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002

**Silva**, Germano Marques. *Direito penal português – II (Teoria do crime)*. 2.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Editorial Verbo, 2005

**Secco**, Antonio Luiz Henriques. “Theoria da Culplicidade”, em *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*. Coimbra: Imprensa da Universidade, ns.º 400 a 402 e 417 a 419, 1876

**Silva**, Antonio Henriques. *Elementos da Sociologia Criminal e Direito Penal*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1905

**Silva Sánchez**, Jesús Maria. *La expansión del Derecho penal*. 2.<sup>a</sup> edição. Montevideo: B de f, 2006

\_\_\_\_ “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, em *Política criminal y nuevo derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona: José María Bosh Editor, 1997

**Tiedmann**, Klaus. “Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo”. Tradução de Adán Nieto Martín. *Revista Penal*, n.º 3, 1999

**Torga**, Miguel. “Pena de Morte”, em *Colóquio comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal*. Coimbra: FDUC, 1967

**Valdágua**, M. Conceição. “Figura central, aliciamento e autoria mediata”, em **Dias**, J. Figueiredo *et alteri* (orgs.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues – vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001

\_\_\_\_ *Início da tentativa do co-autor*. 2.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Lex, 1993

\_\_\_\_ “Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato?”, em **Andrade**, M. Costa *et alteri* (orgs.). *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

**Varela**, João. “Tráfico ilícito de droga: questões de autoria e participação à luz do respectivo tipo legal de crime”, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, Ano 17, n.º 3 (Julho-Setembro 2007)

**Vaz**, Lopo. “Relatório da proposta de lei da nova reforma penal”, em *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 18.º Ano (1885 a 1886)

**Vervaele**, John A. E. “La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Iuris 2000 y de la Fiscalía Europea”. Tradução de Laura Zúñiga Rodríguez. *Revista Penal*, n.º 9, 2002

**Welzel**, Hans. *Derecho penal aleman*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 4.ª edição. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002

\_\_\_\_\_. *El nuevo sistema del derecho penal*. Tradução (e notas) de José Cerezo Mir. Montevideo: Editorial B de f, 2004

**Werle**, Gerhard; **Burghardt**, Boris. “Co-autoría mediata: desarrollo de la dogmática jurídico alemana en el derecho penal internacional?”, em *Revista Penal*, n.º 28, Julho 2011

### ***Endereços electrónicos***

[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais da Relação)

[www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int) (decisões do Tribunal Penal Internacional/TPI)

[www.un.org/law](http://www.un.org/law) (projecto de Código dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade adoptado pela Comissão de Direito Internacional/CDI da ONU)

[www.icty.org](http://www.icty.org) (decisões do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia/TPII)

<http://curia.europa.eu> (Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias)

[www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt) (Acórdãos do Tribunal Constitucional)